

عبد الرزاق السهري

الموسم

في تاريخ النصارى في الجرد

المستور والواردة
على النصارى

الكتاب من كتاب
الكتاب من كتاب

المجلد الثاني
مجلد

مجلد من كتاب
مجلد



الوسيط في شرح القانون المكنون

(٧)

المجلد الأول
العقود الواردة على العمل
المقتولة والوكالة
والوديعة والخيار

تأليف

عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلوماسي من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

بيان

بعد أن بحثنا العقود التي تقع على الملكية في الجزئين الرابع والخامس من الوسيط ، والعقود الواردة على الانتفاع بالشئ في الجزء السادس ، لم يبق من العقود المسماة إلا العقود الواردة على العمل وعقود الفرر والكفالة . وقد جرت العادة أن تبحث الكفالة مع التأمينات العينية ، حتى تكون التأمينات جميعا من شخصية وعينية في مكان واحد .

وبقي بعد ذلك العقود الواردة على العمل وعقود الفرر ، فنخصص لها هذا الجزء السابع ، ونستثنى منها عقد العمل . فعقد العمل ، كما ورد في التقنين المدني ، يجب أن يستكمل بالتشريعات الخاصة الكثيرة التي صدرت لتنظيم العمل والعمال . ولذلك آثرنا أن نفرد له وللتشريعات المتعلقة به جزءا خاصا نختم به أجزاء الوسيط ، بعد أن نكون قد بحثنا - بحسنة الله وعونه - الحقوق العينية الأصلية في الجزئين الثامن والتاسع ، والتأمينات الشخصية والعينية في الجزء العاشر .

استدراك وتصويب

في شأن عبارة جاءت في الجزء السادس من الوسيط

في خصوص عقد الإيجار

جاء في الجزء السادس من الوسيط ، في الصفحات ٤٩٨ و ٤٩٩ و ٥٠٨ ، أن الأجرة التي يضمها حق امتياز المؤجر يجوز أن تزيد على أجرة سنتين . والصحيح أن هذا هو حكم التقنين المدني القديم ، أما في التقنين المدني الجديد فلا يجوز أن تزيد الأجرة التي يضمها هذا الامتياز على أجرة سنتين ، كما هو صريح نص المادة ١١٤٣ من هذا التقنين .

العقود
الواردة على العمل

عقد المقاولة

تمهيد

١ - التعريف بمقدار المقاوله وخصائص هذا العقد - نص قانوني : أوردت

المادة ٦٤٦ من التقنين المدني تعريفاً لعقد المقاوله على الوجه الآتي :
« المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي
عملًا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر » (١)
ويخلص من هذا التعريف أن لعقد المقاوله خصائص نجمل أهمها فيما يأتي :

(٥) مراجع في عقد المقاوله : جيوار في الإيجار الطبعة الثالثة جزماني باريس سنة ١٨٩١ -
بودري وقال في الإيجار الجزء الثاني (مجلدان) الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٠٧ - أوبري ورو
وسبان الجزء الخامس في البيع والإيجار الطبعة السادسة باريس سنة ١٩٤٦ - بلانيول وبيير
ورواست الجزء الحادي عشر في العقود المدنية باريس سنة ١٩٥٤ - بيدان ١٢ الطبعة الثانية
باريس سنة ١٩٣٨ - دي باج ٤ الطبعة الثانية بروكسل سنة ١٩٥١ - بلانيول وبيير وبولاجيه
٢ الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٤٩ - كولان وكليتاني ودي لاموراندبير الطبعة العاشرة
سنة ١٩٤٨ - جوسران ٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٣ - مازو في دروس القانون المدني سنة ١٩٦٠ -
أنسكيلوبيدي دالورز ١ لفظ Architecte سنة ١٩٥١ - ٢ لفظ Entreprise سنة ١٩٥٢ - ٣
لفظ Louage d'ouvrage سنة ١٩٥٣ .

Costes في التكييف القانوني لعقد المقاوله رسالة من تولوز سنة ١٩١٣ - Lagrave الخراف
في عقد المقاوله الخاص سنة ١٩٢١ - Minvielle في مهنة المهندس المماري سنة ١٩٢١ ،
وفي ملاحظات في المسؤولية العشرية للمهندسين والمقاولين سنة ١٩٣٣ ، وفي رخصة البناء
سنة ١٩٤٧ - Corberand في مسؤولية المهندسين والمقاولين رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ -
Delvaux في حقوق المهندس المماري والتزاماته بروكسل سنة ١٩٣٠ - David في عقد
الاستصناع رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - Lepaulle في عقود البناء الصناعي سنة ١٩٣٨ .
محمد كامل مرسى في العقود المسماة الجزء الرابع (عقد العمل وعقد المقاوله والتزام المرافق
العامه) سنة ١٩٥٣ - محمد ليب شنب في شرح أحكام عقد المقاوله سنة ١٩٦٢ .
وفي إشارتنا إلى هذه المراجع المختلفة نحيل إلى الطبعات المبينة فيما تقدم .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٦٣ من المشروع التمهيلي على وجه يتفق
مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة حور تجويراً لفظياً طفيفاً فأصبح
مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٦٧٤ في المشروع النهائي . ووافق
عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٤٦ (مجموعة الأعمال
التصنيفية ٥ ص ٧ - ص ٨) .

١ - عقد المعاولة عقد رضائي لا يشترط في انعقاده شكل معين ^(١) ، وهو عقد ملزم للجانبين ، ومن عقود المعاوضة .

٢ - يقع التراضي في عقد المعاولة على عنصرين اثنين : الشيء المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من الما قول وهو أحد المتعاقدين ، والأجر الذي يتعهد به رب العمل وهو المتعاقد الآخر .

٣ - انفصل عقد المعاولة بهذا التعريف عن عقدين آخرين كانا مختلطين به في التقنين المدني القديم ، ولايزالان مختلطين به في التقنين المدني الفرنسي ، وهما عقد الإيجار وعقد العمل . فقد كان التقنين المدني القديم يجمع بين هذه العقود الثلاثة تحت اسم « الإيجار » ، ثم يسمى عقد الإيجار بإجارة الأشياء ، وعقد العمل بإجارة الأشخاص ، وعقد المعاولة بإجارة أبواب الصنائع ، ويرجع ذلك إلى عهد القانون الروماني ، إذ عرف هذا القانون عقد الإيجار على وجهين : الأول باعتبار أنه عقد موضوعه الانتفاع بالشيء وسماه عقد إيجار الأشياء (locatio rerum) ، والثاني باعتبار أنه عقد موضوعه الانتفاع بعمل الإنسان الحر وسماه عقد إيجار العمل (locatio operarum, operis faciendi) . وقد شبه القانون الروماني في ذلك عمل الإنسان بالمتاع من حيث إمكان الانتفاع به . واستند أنصار المذهب الفردي إلى وجهة النظر هذه في اعتبارهم العمل سلعة تباع في الأسواق ، ويتحدد سعرها طبقاً

= ويقابل النص في التقنين المدني القديم م ٤٠١/٤٨٩ : إيجار الأشخاص يكون لمدة معينة مستمرة في المدة المحددة في عقد الإيجار أو لملل معين . (وهذا التعريف يشمل عقد المعاولة وعقد العمل ، وفيما يخص عقد المعاولة يتفق مع تعريف التقنين المدني الجديد) .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦١٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٤٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٦٤ (موافق) .

تقنين الموجبات والقود البناني م ٦٢٤/٢ : وعقد المعاولة أو إجارة الصناعة هو عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل . (والتعريف في جلته يتفق مع تعريف التقنين المصري) .

(١) بل إن الكتابة لا ضرورة لها إلا في إثبات المعاولة حيث تكون الكتابة ضرورية للإثبات (نقض فرنسي ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٤٥ دالوز ١٩٤٦ - ١٩) .

لقانون العرض والطلب : ولم يرق تشبيه العمل بالسلمة في نظر أنصار المذهب الاشتراكي ، فتادوا بأن العمل ليس بسلمة ، واستجيب هذا التغير في الفكرة الاقتصادية تعديلا في الفكرة القانونية ، ففصلت التقنيات الحديثة هذه العقود الثلاثة بعضها عن بعض . وعلى هذا النهج سار التقنين المدني الجديد ، إذ جعل عقد الإيجار في الباب الخاص بالعقود الواردة على الانتفاع بالشيء ، ونظم عقلي المساواة والعمل في الباب الخاص بالعقود الواردة على العمل^(١) .

فانفصل بذلك عقد المساواة عن عقد الإيجار من جهة ، وعن عقد العمل من جهة أخرى . وانفصاله عن عقد الإيجار أمر بدسبي ، فالإيجار عقد يرد على منفعة الشيء ، أما المساواة فعقد يرد على العمل . وكذلك يجب أن يتفصل عقد المساواة عن عقد العمل ، وإذا كان كل من العقدين يرد على العمل فإن عقد العمل يرد على العمل في ذاته أما المساواة فترد على العمل باعتبار نتيجته ، وسنرى وجه التمييز بين العقدين فيما يلي .

٢ — تمييز عقد المساواة عن العقود الأخرى : والخصائص التي ذكرناها

لعقد المساواة يحمل هذا العقد يميز عن سائر العقود . فكونه يرد على العمل يجعله يميز عن الإيجار الذي يرد على منفعة الشيء كما قلنا . وكونه يرد على العمل باعتبار نتيجته يجعله يميز عن عقد العمل الذي يرد على العمل في ذاته كما سبق القول . وكونه يرد على عمل مادي لا على تصرف قانوني يجعله يميز عن عقد الوكالة الذي يرد على تصرف قانوني . وقد يكون هذا العمل المادي هو صنع شيء كما رأينا ، فحمل المساواة هنا هو صنع الشيء لا نقل ملكيته ، وبهذا تتميز المساواة عن البيع .

ومع ذلك قد يلتبس عقد المساواة بهذه العقود ذاتها ، أوبعقد أخرى ، فيدق التمييز ، كما نرى فيما يلي .

٣ — تمييز المساواة عن الإيجار — إجمالا : قد تلتبس المساواة بالإيجار

في عقد شائع هو عقد المستهلك مع ملتزم المرافق العامة من ماء ونور وغاز ونقل وما إلى ذلك . فالعقد الذي يبرمه المستهلك مع شركة المياه مثلا هل

(١) الوسيط ٦ فقرة ١٩ ص ٣٠ هاشم ١ - الإيجار المؤلف فقرة ١ .

يعتبر عقد مقالة واقعا على ما تقوم به الشركة من عمل في توصيل المياه للمستهلك ، أو هو عقد إيجار لمعدات الشركة التي تقوم بتوصيل المياه ؟ قدمنا عند الكلام في الإيجار^(١) أن العقد مقالة لا إيجار ، وهذا ما يذهب إليه رجال الفقه المدني ، أما رجال الفقه الإداري فيذهبون إلى أن مركز المستهلك من ملتزم المرفق العام ليست له صفة تعاقدية ، بل هو مركز قانوني منظم (situstion réglementaire) ، وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلا عند الكلام في التزام المرافق العامة .

وإذا حجز شخص محلا في أحد الملاعب ، فالعقد مقالة تقع على ما يقوم به اللاعب من أسباب التسلية للجمهور ، وليس إيجارا يقع على المحل الذي يحجزه ، وذلك لأن العنصر الأساسي الذي وقع عليه التعاقد هو ما يقوم به اللاعب من عمل . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في عقد الإيجار^(٢) .

والاتفاق مع إحدى الصحف على استئجار محل فيها للإعلان نظير مقابل معين ليس عقد مقالة ، بل هو عقد إيجار . وإذا اتفق شخص مع مالك البناء على نشر إعلانات على حوائط البناء أو فوق سطحه ، فإن التزام مالك البناء بالقيام بالأعمال اللازمة لإجراء الإعلان فالعقد مقالة ، وإن اقتصر على تمكن الشخص من إجراء الإعلان فالعقد إيجار . وقد سبق ذكر ذلك كله في عقد الإيجار^(٣) .

٤ — تمييز المقالة عن عقد العمل : ومن المهم التمييز بين عقد المقالة وعقد العمل . فإنه إذا كان كل من العقدين يرد على العمل إلا أن القواعد التي تخضع لها أحد العقدين تختلف اختلافاً جوهرياً عن القواعد التي تخضع لها العقد الآخر ، وبخاصة في تحمل التبعة حيث يتحملها المتعاقد على التفصيل الذي سنبينه ولا يتحملها العامل ، وفي الخضوع لتشريعات العمل المختلفة ومنها التشريعات المتعلقة بساعات العمل والإجازات وتقدير الأجر وضماناته وإصابات

(١) الوسيط ٦ فقرة ٧ من ١٠ - ص ١٢ .

(٢) الوسيط ٦ فقرة ٧ من ١٢ .

(٣) الوسيط ٦ فقرة ٧ من ١٢ .

العمل والفصل التصفي وما إلى ذلك مما هو مذكور في عقد العمل الفردي ،
وهذه التشريعات تسرى على العامل دون المقاول^(١) .

وقد ذهب رأى قديم^(٢) إلى أن معيار التفرقة بين المقاولة وعقد العمل
هو الطريقة التي يقدر الأجر على أساسها ؛ فإن قدر الأجر بحسب الوقت -
كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو بحسب أیه وحدة أخرى من الزمن -
كان العقد عقد عمل . وإن قدر الأجر لا بحسب الوقت بل بحسب كمية الإنتاج ،
كان العقد مقاولة . فيكون مقاولة العقد الذي يبرم مع الصانع على أن يأخذ
أجره بحسب ما ينتجه من العمل ، نجاراً كان الصانع أو حداداً أو نقاشاً أو
سباكاً أو غير ذلك . ويكون مقاولة العقد الذي يبرم مع مقاول البناء على أن
يأخذ أجره مقدرًا إجمالاً أو مقدرًا بمقتضى مقياسة على أساس الوحدة ، فيكون

(١) هذا إلى أن رب العمل يكون مسئولاً عن العامل مسئولية الخبوع عن التابع ، ولا يكون
مسئولاً هذه المسئولية عن المقاول . وقد قضت محكمة النقض بأن مسئولية الخدم عن أعمال خادمه
لا تقوم على مجرد اختياره ، بل هي في الواقع قوامها علاقة التبعية التي تجعل الخدم أن يسلط
على أعمال التابع ويسيره كيف يشاء بما يصدره إليه من الأوامر والتعليمات . وإذن فالك الغزل
لا يسأل عن خطأ الصانع الذي استأجره لعمل معين إذا كان لم يتدخل منه في إجراء هذا العمل
(نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣ ص ٢٥) . وقضت محكمة النقض
أيضاً بأنه إذا أسس الحكم مسئولية الحكومة على مجرد قوله إنها كانت تشرف على عمل المقاول دون
أن يبين مدى هذا الإشراف حتى يعرف ما يكون قد وقع من موظفيها من خطأ في عملية المقاولة ،
وما أثر هذا الخطأ في سير الأعمال ، وما علاقته بالضرر الذي وقع ، وهل الإشراف قد تجاوز
التنفيذ في حد ذاته واحترام شروط المقاولة بما يؤخذ منه أن الحكومة تدخلت تدخلًا فعلياً في تنفيذ
عملية المقاولة بتسييرها المقاول كما شادت ، فهذا الحكم يكون ناقصاً عن إبداء البيانات الكافية
لقيام المسئولية (نقض مدني ١٧ أبريل سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١١٢ ص ٣٤٠) .
والامتياز الذي يضمن أجر العامل غير الامتياز الذي يضمن أجر المقاول أو المهنتس ولا يقوم
إلا في مقاولات البناء .

والضريبة على كسب العمل أقل من الضريبة على أرباح المقاول (وهي ضريبة الأرباح
الصناعية والتجارية) .

انظر في النتائج المختلفة التي تترتب على تكييف العقد بأنه مقاولة أو عقد عمل : بودري
وفال ٢ فقرة ٢٨٦٤ - بلانيرول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٦٨ - كولان وكايتان ودی
لاموراندیير ٣ فقرة ١٠٨٣ - محمد ليب شنب فقرة ١٨ ص ٢٥ هامش ٢ .

(٢) توكليو ١٩ فقرة ٢٨٠ - ديرانتون ١٧ فقرة ٢٢٧ - بلانيرول ٢ الطبعة الحادية
عشرة فقرة ١٨٢٧ وفقرة ١٨٩٩ - سيرفيل (Serville) ٢ فقرة ١١١٢ .

الأجر في المقاولة بحسب أهمية العمل الذى أنتجه المقاول لا بحسب مقدار الوقت الذى أنفقه فى الإنتاج . وبهذا المعيار أخذ تقنين الموجبات والعقود البناني ، حيث ينص فى المادة ٢٢٤/٢ منه على أن « عقد المقاولة أو إجارة الصناعة هو عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل » (١) .

وبعب هذا رأى أنه يجعل معيار التمييز بين المقاولة وعقد العمل يقوم على أمر غير جوهرى ، فليس هناك فرق أساسى بين عامل يأخذ أجره بحسب الوقت (salaire proportionnel au temps) وآخر يأخذه بحسب القطعة (salaire aux pièces, salaire à la tâche) ، فكلاهما أجبر عند رب العمل بمخضع لإدارته وإشرافه ، ويأخذ المقابل لعمله بمقدار ما يبذل من جهد ، وإن كان هذا الجهد يقاس فى الحالة الأولى بمقياس مقدار الوقت وفى الحالة الثانية بمقياس كمية الإنتاج . والفرق بين المقياسين لا يرجع إلى خلاف فى طبيعة المقياس ، وإنما أراد رب العمل فى جعله الأجر بحسب كمية الإنتاج أن يأمن تكاسل العامل وتراخيه فى العمل ، فهو عندما يأجره بحسب القطعة إنما يأجره فى الواقع من الأمر بحسب الوقت الذى يقضيه العامل العادى فى إنتاج هذه القطعة ، فإن تراخى العامل المأجور فعليه مغبة تراخيه وإن نشط أفاد من نشاطه (٢) .

إذن المعيار القائم على أساس مقدار الوقت أو كمية الإنتاج لا يصلح أن يكون

(١) وانظر فى هذا المعنى نقض قرنى ٢٨ يوليه سنة ١٩٢٤ سيرة ١٩٢٥ - ١ - ٢٨٣ .

(٢) انظر فى هذا المعنى بلائيول وريبير ودواست ١١ فقرة ٧٧٠ - رواست وديران الموجز فقرة ٢٦٤ - مارتيني فى فكرة عقد العمل رسالة من باريس سنة ١٩١٢ - هذا إلى أن العامل قد يسام فى أرباح رب العمل فيكون جزء من أجره بحسب أهمية العمل الذى أنتجه ، ويبقى العقد مع ذلك عقد عمل (بودرى وقال ٢ فقرة ٣٨٦٥ - أنيسكلويدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouvrage et d'industrie فقرة ٥) . وعكس من ذلك يكون العقد مقاولة ما دام المقاول لا يعمل تحت إشراف رب العمل وتوجيهه ، حتى لو كان أجره مقدراً باليوم فيحسب هذا الأجر بمقدار الأيام التى قضاها فى إنجاز العمل (أنيسكلويدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouvrage et d'industrie فقرة ٧ ويشير إلى حكم محكمة Albi الابتدائية ٢٠ يوليه سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٥٠ القسم الموجز ٢٢) .

معيّاراً دقيقاً للتمييز بين المقاولة وعقد العمل . والرأى الحديث^(١) ، الذى يجرى عليه أكثر القضاء الفرنسى^(٢) ويناصره طائفة كبيرة من الفقهاء^(٣) ، يأخذ بمعيار آخر هو خضوع العامل لإدارة رب العمل وإشرافه^(٤) . فالذى يميز المقاولة عن عقد العمل هو أن المقاول لا يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه ، بل يعمل مستقلاً طبقاً لشروط العقد المبرم بينهما ، ومن ثم لا يعتبر المقاول تابعاً لرب العمل ولا يكون هذا الأخير مسئولاً عن المقاول مسئولية

(١) انظر فى رأى آخر يذهب إلى أن المعيار يقوم على أساس أن عقد العمل يكون حيث يرتبط العامل برب عمل محترف (employeur professionnel) وانتقاد هذا الرأى : بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧١ .

(٢) نقض فرنسى ٢٧ يناير سنة ١٨٥١ دالوز ٥١ - ١ - ١٦٦ - ٩ أغسطس سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٥٧٩ - ١٤ مارس سنة ١٩٠٣ سيري ١٩٠٣ - ١ - ٤٧١ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٠٤ سيري ١٩٠٧ - ١ - ٤١١ - ٨ يناير سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ٤٢٣ - ٦ مارس سنة ١٩٠٧ سيري ١٩١١ - ١ - ٢٧٧ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩١١ - ١ - ٣٥ - ١٨ أكتوبر سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١١ - ١ - ٤٤٣ - ٢٩ يونيو سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٢ - ١ - ١٢٥ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعي ١٩٢٤ - ٧١٥ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ١٤١ - ٧ فبراير سنة ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ١٨٤ - ١٩ يوليو سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩ - ٤٧٣ - ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٢ دالوز ١٩٣٢ - ١ - ١٤٥ - ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ دالوز الأسبوعي ١٩٣٨ - ٢٨٩ - (٣) بودوى وقال ٢ فقرة ١٦٣٨ وفقرة ٢٨٦٥ - بيدان ١٢ فقرة ١٩ فقرة ٢٠ -

بيك الطبعة السادسة فقرة ٨٧٠ - بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٢ وفقرة ٩٠٧ - روست وديران الموزج فقرة ٣٦٦ - أوبرى ورو وإسبان ٥ فقرة ٣٧٤ - ١٠ هامش ١ - ٢ - مارتينى فى فكرة عقد العمل رسالة من باريس سنة ١٩١٢ - دى باج ٤ فقرة ٨٤٥ ص ٨٥٨ - بلانويول وريبير وبولانجه ٢ فقرة ٢٩٩١ - كولان وكايتان دوى لاموراندبير ٢ فقرة ١٠٨٤ - جوسران ٢ فقرة ١٣١٢ - مازو فقرة ١٣٣٢ - ١١٠٠ - انسيكلويدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٤ - محمد حلمى مراد فى قانون العمل والتأمينات الاجتماعية طبعة رابعة فقرة ٢٠٥ ص ٢٢٦ - محمد جمال الدين زكى فى قانون العمل سنة ١٩٦٠ فقرة ٧١ ص ١١٢ - ص ١١٣ - أكرم أمين الخولى فى قانون العمل سنة ١٩٥٧ فقرة ٨٦ ص ١٣٦ - إسماعيل غانم فى قانون العمل سنة ١٩٦١ فقرة ٦٢ ص ١٢٠ - محمد ليلى شيب فقرة ١٩ - فقرة ٢٠ .

(٤) وبمعيار الطبيعة أخذت محكمة النقض ، فقد قضت بأن عقد العمل يتحقق بتوافر أمرين هما تسمية العامل لرب العمل وتقابله أجراً على عمله ، وذلك وفقاً لموضع المادة ١٧٤ من القانون المدق والمادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ سنة ١٩٥٢ (نقض منه ٤ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣٦ ص ٣٧٠) . وانظر أيضاً استئناف مخطوط ٤ فبراير سنة ١٩٣٧

المتبوع عن التابع . أما في عقد العمل فالعامل يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه ، سواء كان يؤجر بمقياس مقدار الوقت أو بمقياس كمية الإنتاج ، ولا يعمل مستقلاً عن رب العمل بل يتلقى تعليماته وعليه أن ينفذها في حدود العقد المبرم بينهما ، ومن ثم يعتبر العامل تابعاً لرب العمل ويكون هذا الأخير مسئولاً عنه مسئولية المتبوع عن التابع . ومن هذا نرى أن المقاتل يدفع ثمن استقلاله عن رب العمل ، إذ لا يتمتع بالازايا الكثيرة التي يمنحها القانون للعامل والتي هي نتيجة تبعية العامل لرب العمل^(١) .

وتطبيقاً لهذا المعيار الأخير يكون كل من النقاش والتجار والحداد والسباك ومن إلهم مقاولاً ، إذا هو تعاقد مع صاحب العمل على صنع شيء معين يقوم بصنعه مستقلاً عن رب العمل ، لا يخضع لإشرافه ولا يتلقى منه تعليمات غير ما هو مذكور في العقد ، وذلك سواء كان يؤجر بحسب كمية الإنتاج كما هو الغالب أو بحسب مقدار الوقت . ويكون كل من هؤلاء عاملاً لا مقاولاً ، إذا قام بعمله بإشراف رب العمل وتحت إدارته ، يتلقى منه التعليمات ويقوم بتنفيذها ، وذلك سواء كان يؤجر بحسب مقدار الوقت كما هو الغالب أو بحسب كمية الإنتاج . ويكون العقد المبرم بين صاحب الملعب والفنانين الذين يتعاقدون معه عقد عمل لا عقد مقاول ، لأن الفنانين مهما كان الأمر ، في استغلالهم الفني يتلقون تعليمات صاحب الملعب في عملهم وعليهم أن ينفذوها ، وهم يعملون بوجه عام تحت إدارته وإشرافه^(٢) . وكذلك العقد المبرم بين صاحب الحريدة والصحفي الذي يعمل فيها هو عقد عمل ، مادام الصحفي يعمل تحت إدارة

(١) وقد قضى بأنه لتعرف الصلة الحقيقية للمقاتل يجب فحص عقد الاتفاق بينه وبين صاحب المبنى وتحقيق الصلة التي اتخذها في هذا العقد ، أي صفة المقاتل أم الأجير العادي (مصر الوطنية ١٣ يناير سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ١٦٥) .

(٢) وقد قضى بأن صلة التبعية بين الممثل والفنان تعاقدية ، وإن كانت تبعية تنظيمية ، فهي كافية لقيام عقد العمل . وسند هذا أنه إذا وقع الفنان من الناحية الفنية تحت إدارة الممثل الآخر ورقابته ، بأن حدد له هذا الأخير على نحو دقيق اللوح المطلوب منه أو أسأله بكونه بكيفية تحقيقه أو أرشده إلى الوجه الصحيح للقيام به ، وذلك بتلقيه التوجيهات في زمان العمل ومكانه ومدته والملابس الخاصة به ، مهما كانت المبررية للشخصية التي يظهرها الفنان أثناء العرض أو الحفل ، فيلزم تقويم التبعية التنظيمية والفنية بين الممثلين ، وهي ما تكفي لقيام عقد العمل (محكمة شؤون العمال الجزئية بالقاهرة ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ رقم ١٧٦ ص ٣٩٩) .

صاحب الجريدة وإشرافه . أما إذا تعاقد شخص مع صاحب الجريدة على أن يكتب له مقالا في موضوع معين لقاء أجر معلوم ، فالعقد مقاوله ، لأن الكاتب لا يعمل تحت إدارة صاحب الجريدة وإشرافه ، حتى لو تعود الكاتب أن يوالى الجريدة بالمقالات في مواعيد منتظمة مادام لا يعمل تحت إدارة صاحب الجريدة . والطوافون والممثلون التجاريون والجوابون ومنسوبو شركات التأمين ومن يسمون بالمنتجين في هذه الشركات وغيرهم من الوسطاء يرتبطون مع رب العمل بعقد عمل لا بعقد مقاوله ، ولو كانوا مأجورين بطريق العالة أو كانوا يعملون لحساب حلة من أرباب الأعمال ، مادام هؤلاء الوسطاء تابعين لرب العمل وخاضعين لرقابته .

وقد أخذ التقنين المدني الجديد بهذا المعيار الأخير . فهو في تعريفه لعقد المقاوله (م ٦٤٦ مدني) لا يذكر شيئا عن الطريقة التي يؤجر بها المقاول ، بل يقتصر على القول بأن المقاول يعمل « لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر » . فإذا انتقل بعد ذلك إلى عقد العمل ، يعرفه في المادة ٦٧٤ مدني على الوجه الآتي : « عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر ، وتحت إدارته أو إشرافه ، مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر » . فهو لا يذكر هنا أيضا شيئا عن الطريقة التي يؤجر بها العامل إذ لا أثر لها في تكييف العقد ، وإنما يذكر في صراحة أن العامل يعمل تحت إدارته رب العمل أو إشرافه . فمعيار الخضوع لإدارة رب العمل وإشرافه هو إذن المعيار الذي أخذ به التقنين المدني الجديد في التمييز ما بين المقاوله وعقد العمل . وقد طبق هذا المعيار تطبيقاً واضحاً في الفقرة الأولى من المادة ٦٧٣ مدني ، إذ يقول : « تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين والجوابين ومنسوبي التأمين وغيرهم من الوسطاء ، ولو كانوا مأجورين بطريق العالة أو كانوا يعملون لحساب حلة من أرباب الأعمال ، مادام هؤلاء الأشخاص تابعين لأرباب العمل وخاضعين لرقابتهم » (١) .

(١) هذا إلى أن المشروع التمهيلي للتقنين المدني كان يتضمن نصاً صريحاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٩٣٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « يتميز عقد العمل عن عقد المقاوله بأنه بخلاف عقد العمل حق توجيه ما يؤدى له من خدمات ، أو على الأقل حق الإشراف على طريقة القيام بهذه الخدمات » ، وقد حذفت هذا النص في لجنة المراجعة ، والظاهر أن حذفه يرجع إلى أن -

٥ - تمييز المفاوضة عن الوكالة : تنفق المفاوضة والوكالة في أن كلا منهما

عقد يرد على العمل ، وهذا العمل يؤديه المقاول أو الوكيل لمصلحة الغير ، ولكلّهما يختلفان في أن العمل في عقد المفاوضة هو عمل مادي (acte matériel) ، أما العمل في عقد الوكالة فهو تصرف قانوني (acte juridique) . ويستتبع ذلك أن المقاول وهو يؤدي العمل المادي لمصلحة رب العمل لا ينوب عنه وإنما يعمل استقلالاً ، أما الوكيل وهو يقوم بالتصرف القانوني لمصلحة موكله يكون نائباً عنه ويمثله في التصرف الذي يقوم به فينصرف أثر هذا التصرف إلى الموكل ؛ ولتمييز بين المفاوضة والوكالة أهمية عملية تظهر فيما يأتي :

(١) المفاوضة تكون دائماً مأجورة ، ومتى عين الأجر لا يملك القاضي

كفاءة عامة تعديله . أما الوكالة فقد تكون مأجورة أو غير مأجورة ، والأصل

= تطبق التواعد العامة تنفي عنه . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية المشروع التهديد في صدد هذا النص ما يأتي : « يمرض هذا النص لكيفية التمييز بين عقدي العمل والمفاوضة ، فيجعل ميار التفرقة مرتبطاً بمدى الحق لرب العمل في توجيه ما يؤدي له من خدمات ، أو على الأقل حقّه في الإشراف على طريقة القيام بهذه الخدمات . وهذا الميعار ثابت من مراجعة القضاء الدولي ، فهو معمول به في إنجلترا منذ حكم القاضي Crompton في قضية Sadler V. Henloc . وقد حدده القاضي Fletcher Moulton فقال : إن الأمر يتعلق بظروف كل حالة ، على أنه كلما كان حق الرقابة المقرر لرب العمل قوياً فضلاً ، غلبت على العلاقة القانونية صفة عقد العمل (راجع مجموعة أحكام القضاء الدولي في العمل سنة ١٩٢٩ إنجلترا ن ٢٤) . والقضاء الألماني يجري أيضاً على هذا الميعار ، ويعتبر العقد عقد عمل كلما كانت هناك علاقة تبعية بين رب العمل والمعامل (مجموعة القضاء الدولي في العمل سنة ١٩٢٧ ألمانيا ن ٣٥٢ - سنة ١٩٢٩ ألمانيا ن ٥ - سنة ١٩٣١ ألمانيا ن ١٦) ، وكذلك القضاء الفرنسي (مجموعة القضاء الدولي في العمل سنة ١٩٢٩ فرنسا ن ١٥ - سنة ١٩٣٣ فرنسا ن ١٨ - سنة ١٩٢٨ فرنسا ن ١٥ - سنة ١٩٢٩ فرنسا ن ١٣ و ١٨ - سنة ١٩٣٠ فرنسا ن ١٣ - سنة ١٩٣٣ فرنسا ن ٤٣ - سنة ١٩٣٥ - سنة ١٩٣٦ فرنسا ن ١٧) ، وقضاء الولايات المتحدة (مجموعة القضاء الدولي في العمل سنة ١٩٣٢ الولايات المتحدة ن ٢٢) ، والقضاء الإيطالي (مجموعة أحكام القضاء الدولي في العمل سنة ١٩٢٨ إيطاليا ن ١٠ - سنة ١٩٢٩ إيطاليا ن ٢٠ - سنة ١٩٣٠ إيطاليا ن ٢٧ - سنة ١٩٣٢ إيطاليا ن ٢٦ - سنة ١٩٣٣ إيطاليا ن ٤٣) . وقد قرر التقنين السويسري أساساً آخر للتمييز بين التقنينين ، فذكر في المادة ٣/١٩١ أن يعتبر العقد عقد عمل إذا لم يدفع الأجر بالساعة أو باليوم بل تباعاً للعمل المسلم ، مادام العامل يستخدم لمدة ما محددة أو غير محددة . وقد يكون هذا الميعار أكثر تحديداً من الميعار الوارد بالمادة ، لكنه في الواقع لا يعبر عن المميز الحقيقي بين التقنينين « مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٠٥ - ص ١٠٧ في المباحث) .

فيها أن تكون بغير أجر إلا إذا وجد اتفاق صريح أو ضمنى يقضى بأن يكون للوكيل أجر ، وإذا كانت الوكالة مأجورة كان الأجر خاضعاً لتقدير القاضي (م ٧٠٩ مدني) .

(٣) لما كان المقاول يعمل مستقلاً عن رب العمل ، فهو لا يخضع لإشرافه ولا يكون تابعاً له ، ومن ثم لا يكون رب العمل مسئولاً عن المقاول مسئولية المتبوع عن التابع . أما الوكيل فيعمل في كثير من الأحيان بإشراف الموكل ، وفي هذه الحالة يكون تابعاً له ويكون الموكل مسئولاً عنه مسئولية المتبوع عن التابع .

(٣) لما كان المقاول لا ينوب عن رب العمل ، فإن التصرفات التي يجريها لا ينصرف أثرها إلى رب العمل ، وإذا كان هذا الأخير مسئولاً مباشرة نحو من يتعاقد معهم المقاول من عمال ومقاولين من الباطن فإن هذه المسئولية لا تتجاوز القدر الذي يكون رب العمل مدنياً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى (م ٦٦٢ مدني) . أما الوكيل ، فلأنه ينوب عن الموكل ، فإنه يلزمه بتصرفاته ، وينصرف أثر هذه التصرفات مباشرة إلى الموكل ، ولا شيء منها ينصرف إلى الوكيل .

(٤) المقاول مضارب ، وهو معرض للمكسب والخسارة ، وإذا أصيب بضرر بسبب تنفيذ العمل فلا شأن لرب العمل بذلك ، ويتحمل المقاول وحده هذا الضرر . أما الوكيل فإنه لا يضارب ولا يعرض نفسه لمكسب أو خسارة ، فهو إما أن يقوم بعمله تبرعاً وإما أن يأخذ أجرأ مناسباً للعمل ، وإذا أصيب بضرر بسبب تنفيذ الوكالة فقد قضت المادة ٧١١ مدني بأن « يكون الموكل مسئولاً عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً » (١) .

(١) ويرتب كل ذلك أن المقاول يتحمل تامة استمالة تنفيذ العمل بسبب أجنبي ، وإذا هلك الشيء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل فلاس المقاول أن يطالب لايشن عمله ولا برد نفقاته ، ويكون هلاك المادة عليه إذا كان هو الذي ورد بها (م ١/٦٦٥ مدني) . أما الوكيل فلا يتحمل هذه التامة ، وعلى الموكل أن يرد إليه ما أنفق في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الاتفاق وأن يعطيه الأجر الذي يستحقه مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة ، حتى لو لم يحقق الغرض المقصود منها (م ٧١٠ مدني) .

(٥) المفاوضة في الأصل عقد لازم ، أما الوكالة فهي في الأصل عقد غير لازم ويجوز عزل الوكيل أو تنحيه في أى وقت .

(٦) لا تنتهى المفاوضة بموت رب العمل أو بموت المفاوض إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار ، وتنتهى الوكالة بموت الموكل أو بموت الوكيل^(١) .

وقد تلتبس المفاوضة بالوكالة ، وبخاصة في العقود التى تبرم مع أصحاب المهن الحرة ، كالطبيب والمحامى والأستاذ والمحاسب والمهندس . وقد جرى القضاء الفرنسى منذ عهد بعيد على اعتبار هذه العقود عقود وكالة ، لاعتقاد مفاوضة أو عقد عمل . ذلك أن المفاوضة وعقد العمل يوصفان في القانون الفرنسى كما قلنا بأنها عقدا إيجار للعمل ، فأراد القضاء الفرنسى أن يرتفع بأصحاب هذه المهن الحرة عن أن يكونوا أجراء لأصحاب العمل ، وأثر أن يجعلهم وكلاء عنهم فيكون العقد الذى يربط صاحب المهنة الحرة برب العمل عقد وكالة لا عقد مفاوضة^(٢) . ولكن هذه النظرة خاطئة ، فالأعمال التى يقوم بها أصحاب

(١) انظر في هذه الفروق بلانجيل وريبير ورواست ١١ فقرة ١١١ - ويسيفون الفرق الآت : المفاوضة تقضى على المفاوض سفة التاجر ، أما الوكالة فلا تقضى هذه السفة على الوكيل . وهذا يرجع إلى ما قلناه من أن المفاوض مضارب ، والمضاربة من خصائص التجارة .

وهناك فروق أخرى أقل أهمية منها : (١) إذا تعدد الوكلاء فأنوا مسئولين بالتضامن (م ١/٧٠٧ مدنى) ، أما إذا تعدد المفاوضون فلا يكونون مسئولين بالتضامن إلا إذا اتفق على ذلك . (ب) إذا تعدد الموكلون كانوا متضامنين قبل الوكيل في تنفيذ الوكالة (م ٧١٢ مدنى) ، أما إذا تعدد أرباب العمل فلا يكونون متضامنين قبل المفاوض إلا باتفاق خاص . (ج) للموكل ولتائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر (م ٣/٧٠٨ مدنى) ، أما رب العمل والمفاوض من الباطن فلا رجوع لأحد منهما مباشرة على الآخر فيما عدا أن المفاوض من الباطن له الرجوع مباشرة على رب العمل بحالا يجاوز القدر الذى يكون به رب العمل مدينا للمفاوض الأصل (م ١/٦٦٢ مدنى) - انظر في ذلك بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤٠٠ - كولان وكايتان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ١٠٨٦ - محمد ليب شنب فقرة ٢٤ ص ٣٢ هامش ١ .

(٢) ويرجع الأمر في ذلك إلى تقاليد القانون الرومانى ، فهذا القانون كان يفرق بين الأعمال اليدوية ويعتبرها أعمالا حقيرة لا يزاولها إلا الأرقاء أو الأجراء الذين يرتبطون بمقد إجابة الأشخاص مع من يستأجر عملهم ، وبين الأعمال العقلية وهذه لا تكون محلا لإجارة أشخاص بل محلا للوكالة رفقاً شأنها ولأن من يقوم بها عن أن يكون أجيراً ، وكانت الوكالة في القانون الرومانى لا تقتصر على التصرفات القانونية بل تمتد إلى الأعمال المادية . وترتب على ذلك أن صاحب المهنة اخرة في القانون الرومانى لم يكن من حقه أن يتقاضى أجراً ملزماً ، شأنه في ذلك شأن الوكيل . ولكن القانون الرومانى يثبت على هذا النهج . وانتهى الأمر بالتساميل

هذه المهن الحرة هي أعمال مادية في مجموعها لاتصرفات قانونية ، إذ أن علاج الطبيب للمريض ودفاع المحامي عن الخصم وتعليم الأستاذ تلاميذه ووضع المهندس المهارى للتصميمات والرسوم والمقاييسات ، كل هذه أعمال مادية ، وإذا تميزت بشيء فإنما تتميز بأن ناحية الفكر فيها متغلبة . ولكن هذا لا يمنع من أن تكون أعمالا مادية لاتصرفات قانونية ، وأن أصحابها إذ يقومون بها لمصلحة الغير إنما يربطهم بالغير عقد مقاوله أو عقد عمل لا عقد وكالة . ولا يحيط من مقام أصحاب هذه المهن الحرة أن يكونوا مأجورين ، لاسيما بعد أن تميز عقد

= على أحكامه بالتسليم لصاحب المهنة الحرة أن يطالب بأتمام عن عمله عن طريق دعوى غير عادية (*persecutio extraordinaria*) لا عن طريق دعوى الوكالة (*chirographum*) سنة ١٩٢٤م ١١٢ وما بعدها - مؤنيه سنة ١٩٤٨م ٢ فقرة ٣١ وما بعدها ص ١٧٤) . وقد تأثر الفقه الفرنسى في نهاية القرن الماضى بالتقاليد الرومانية ، فذهب بعض الفقهاء (أوبرى ورو الطبعة الخامسة ٤ فقرة ٣٧١ مكررة ص ٣٨٨ - جوار ٢ فقرة ٦٩٦ ص ٢٦٠) إلى أن الأعمال العقلية من أدبية وفنية وعلمية لا يمكن أن تكون محلا لتعاقد ملزم ، فلا يكون الطبيب أو المحامى ملزماً قبل عمله ، كما لا يجبر العميل على دفع الأجر للطبيب أو المحامى ، وذلك حتى لا يوضع العمل العقل فى مستوى العمل البدنى ولا ينحط العلم ليكون وسيلة للتجارة .

ولكن هذا رأى يصطدم مع الواقع ، فأصحاب المهن الحرة يعيشون من مهنتهم وما يكسبون من أجور في مارسها ، ولا يحيط من مكانة صاحب المهنة الحرة أن يؤثر على عمله . وقد أصبح الآن من المسلم أن التعاقد مع صاحب المهنة الحرة تعاقد ملزم لطرفين . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً صريحاً فى هذا المعنى ، فيعتبر التعاقد مع أصحاب المهن الحرة تعاقدأ ملزماً ويعتبر أصحاب هذه المهن مقاولين ، فكانت المادة ٢/٨٨٧ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : « وتعتبر دائماً شخصية المقاول محل اعتبار فى التعاقد إذا أبرم العقد مع أحد رجال الفن أو مع أحد المهنيين أو مع أحد مهنتى الممار أو مع أحد عائل هؤلاء من الأشخاص الذين يزولون مهنة حرة » . وتنص المادة ٣/٦٢٤ من تقنين الموجبات والنفود اللبناني على ما يأتى : « والعقد الذى يبرجه يلزم صاحب حرفة أو مهنة حرة بتقديم خدماته لمن يتعاقدون معه ، وكذلك العقود التى يوجبها يلزم الأمانة القيام بمهنتهم لمصلحة مهنة أو شخص ما ، تمد من قبيل إجارة الصناعة . ومن هذا القبيل أيضاً عقد النقل » .

(انظر بلانويك وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٧ و ٩٠٩ - بودرى وفال فى العقود الاحتمالية فقرة ٣٧٧ - فقرة ٣٧٩ - بيدان ١٢ فقرة ١٦٥ - بلانويك وريبير وبلانويك ٢ فقرة ٣٠٢١ - جان سافاتييه دراسة فى المهنة الحرة رسالة من يونيه سنة ١٩٤٧ - وانظر فى القضاء الفرنسى نقض فرنسى ٣ مارس سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ٩٣ - ١٧ مارس سنة ١٩٣٧ دالوز الأسبوعى ١٩٣٧ - ٢٨٥ - ايون ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٣ - ٧٣ - ٣) .

المقاولة وعقد العمل عن عقد الإيجار بتسميتين خاصتين بهما ، فلم يعودا عقداً لإيجاراً للعمل كما كان يطلق عليهما في الماضي . وقد يدخل في عمل صاحب المهنة الحرة ، لاسيما المحامي والمهندس المعماري ، بعض تصرفات قانونية ، فيكون العقد وكالة فيما يتعلق بهذه التصرفات ومقاولة فيما يتعلق بالأعمال المادية . وإذا تعدل تطبيق أحكام الوكالة وأحكام المقاولة في وقت معاً ، نظر إلى العنصر الغالب ، فقد يكون عنصر الأعمال المادية فتطبق أحكام المقاولة ، أو يكون عنصر التصرفات القانونية فتطبق أحكام الوكالة .

ونستعرض ، تطبيقاً لما تقدم ، العقد مع الطبيب ، ومع المحامي ، ومع المهندس المعماري .

فالعقد مع الطبيب هو عقد مقاولة في الغالب ^(١) إذ هو اتفاق بين الطبيب . والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم ، والعلاج عمل مادي ولا ينفي ماديته أن يكون عملاً عقلياً ، فهو إذن ليس بتصرف قانوني . ومن ثم تتوافر مقومات عقد المقاولة في هذا الاتفاق . وإنما يتميز العقد مع الطبيب عن عقود المقاولة الأخرى بخصائص أهمها : (١) الالتزام الذي يعقده الطبيب هو التزام يبدل عناية لا التزام بتحقيق غاية ، لأنه إنما يتعهد ببذل العناية الواجبة في علاج المريض ولا يتعهد بتحقيق الغاية من العلاج وهو شفاء المريض . وأغلب عقود المقاولة يلتزم فيها المفاوض بتحقيق غاية لا يبدل عناية ، كتشييد البناء ووضع التصميم وعمل المقايسة ونحو ذلك . (٢) التعاقد مع الطبيب لوحظ فيه شخصيته ، ومن ثم إذا مات انتهى العقد ، بخلاف موت المفاوض في كثير من عقود المقاولة الأخرى فإنه لا ينهي المقاولة . وتنص المادة ٦٦٦ منى في هذا الصدد على أن « ينقضى عقد المقاولة بموت المفاوض إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد ، فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينهى العقد من تلقاء نفسه » . ويترتب كذلك على اعتبار شخصية الطبيب أنه لا يجوز له أن يكل علاج المريض لطبيب آخر ، في حين يستطيع المفاوض أن يقول من الباطن . (٣) العقد مع الطبيب غير لازم لا من جهة المريض

(١) ويكون عقد عمل إذا كان الطبيب خاضعاً لإشراف عمله من الناحية الإدارية وإن كان مستقلاً من الناحية الفنية . كما إذا كان الطبيب يعمل في مؤسسة أو في مستشفى ، فالاستقلال الفهم لا يمنع الخضوع الإداري أو التنظيمي .

ولا من جهة الطبيب ، فيستطع المريض أن يرجع فيه ولا يرفع من أن يبقى تحت علاج طبيب لا يريده أو أصبح لا يثق فيه ، وكذلك يستطيع الطبيب أن يرجع في العقد ولا يمكن إكراهه على المضي في علاج لم يعد يرضى الاستمرار فيه . وهذه الخصائص التي تميز العقد مع الطبيب حلت بعض الفقهاء على أن تنكر على هذا العقد أنه عقد معاولة وتعتبره عقداً غير مسمى (١) ، وأخذت بهذا الرأي محكمة النقض الفرنسية (٢) . على أنه ليس في هذه الخصائص شيء يتعارض مع طبيعة عقد المعاولة حتى يخرج العقد مع الطبيب عن هذا النطاق . فعقد المعاولة كما يكوى عمله التزاماً بتحقيق غاية ، كذلك يجوز أن يكون عمله التزاماً ببذل عناية . فالأستاذ إذا تعهد بتحضير للعيادة لامتحان معين لقاء أجر معلوم يكون قد أبرم عقد معاولة ومع ذلك لم يلزم إلا ببذل عناية ، إذ هو لم يلزم بتحقيق غاية هي أن ينجح التلميذ في الامتحان ، ويستحق الأستاذ الأجر لينجح التلميذ أو لم ينجح . والهاى الذى يرفع عن الخصم إلزاماً ببذل عناية ، ويستحق أجره سواء كسب الدعوى أو خسرها . وكذلك الطبيب يستحق الأجر شفى المريض أو لم يشف ، لأن الطبيب لم يلزم بتحقيق غاية بل التزم ببذل عناية ، ولا يمنع ذلك من أن يكون العقد معاولة . كذلك لا يكون اعتبار شخصية الطبيب مانعاً من أن يكون التعاقد معه معاولة ، فكثيراً ما تعتبر شخصية المفاوض في عقود المعاولة حتى أن المادة ٦٦٦ مدنى واجهت هذا الفرض كما رأينا . كذلك نصت المادة ١٧/٦٦٦ مدنى على أنه « يجوز للمفاوض أن يكل تفويض العمل في حملته أو في جزء منه إلى مفاوض من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفايته الشخصية » . بقى أن العقد مع الطبيب غير لازم ، وهذا أيضاً لا يمنع العقد من أن يكون معاولة . فالمريض في عقده مع الطبيب ، كارب العمل في المعاولة ، يستطيع أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أى وقت قبل إتمامه ، على أن يعرض الطبيب

(١) جان سافاتييه دراسة في المهنة الحرة رسالة من بورتنيه سنة ١٩٤٧ ص ١٥ - تعليق فالسمين في دالوز ١٩٢٧ - ١ - ٩٣ - حسن زكى الأبراشي في مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ص ٩٨ - إسماعيل غانم في عقد العمل سنة ١٩٦١ ص ١١٦ حاشى ١ .

(٢) نقض فرنسى ١٤ يولييه سنة ١٩٣٧ سريه ١٩٣٩ - ١ - ١٧ مع تعليق بريوتون .

عن جميع ما أنفق من المصروفات وما قام به من علاج . ويختلف عن رب العمل في المقالة العادية بأنه لا يعرض الطبيب ما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م ١/٦٦٣ مدني) ، ذلك أن العقد مع الطبيب يقوم على الثقة الشخصية ، وفي إيجاب المريض على تعويض الطبيب ما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل تقيد خطير لحرية الرجوع عن العقد إذا قامت به أسباب جدية تحمله على ذلك ، فوجب أن تكون حرته في الرجوع عن العقد أوسع من حرية رب العمل في التحلل من عقد المقالة العادية . والطبيب كذلك في عقده مع المريض ، كالمقاول في عقد المقالة ، له أن يرجع في العقد على أن يكون مثولاً عن تعويض الضرر الذي يصيب المريض من جراء ذلك . وإذا كان رب العمل في عقد المقالة العادية يستطيع أن يطلب إنجاز العمل على نفقة المقاول ، فذلك ما لا يستطيعه المريض ، وهو حر في أن يذهب إلى طبيب آخر يختاره ، وكل ما يستطيع هو أن يرجع على طبيبه الأول بالتعويض ، إذ لا يستطيع إكراهه على المضي في العلاج إذا لم يرد الطبيب ذلك^(١) . ويخلص مما تقدم أن العقد مع الطبيب هو عقد مقالة ، وهذا هو الرأي الغالب في الفقه^(٢) . أما العقد مع المحامي فيقع على خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية . فالمحامي يقوم بعمل مادي عندما يقدم المشورة القانونية لعمله خارج مجلس القضاء ، أو عندما يدافع عن مصالحه في مجلس القضاء بالمرافعة الشفوية والمذكرات المكتوبة ، وعندما يحضر له العقود والمستندات . وهو في هذه

(١) انظر في هذا المعنى رينيه سافاتييه في القانون الطبي فقرة ٣٠٠ ص ٢٧١ - حسن زكي الأبراشي في مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ص ٩١ - ودع فرج في مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية مجلة القانون الاقتصاد ١٢ ص ٤٣٠ - محمد ليب شنب فقرة ٣٢ .
(٢) بيدان ١٢ فقرة ١٧٦ ص ١٩١ - بلانيرول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٧ ص ٢١ وفقرة ٩٠٩ ص ١٤٣ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٣٧٧ ص ١٨٧ - ص ١٨٨ - دى پاچ ٤ فقرة ٨٤٧ ص ٨٦٣ وفقرة ٨٤٩ ص ٨٦٩ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٠٨٥ - جوسران ٢ فقرة ١٢٨٧ ص ٦٧٥ - تملوق بريتون على حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٣ يولييه سنة ١٩٣٧ ص ١٩٣٩ - ١ - ٢١٧ - محمد كامل مرسى فقرة ٥٧٠ ص ٤٧٦ - أكرم أمين الخول في عقد العمل فقرة ٨٨ ص ١٤٠ - محمد ليب شنب فقرة ٢٨ - فقرة ٣٤ - وانظر مصرًا لخطلة الجزئية • مايو سنة ١٩٣٧ جازيت ٢٩ رقم ٤٢٨ ص ٣٤٦ .

الأعمال يعتبر مقاولاً وتسرى عليه أحكام المفاوضة^(١) ، ما لم يكن خاضعاً لإشراف عميله وإدارته التنظيمية كما لو كان محامياً لدى شركة أو مؤسسة فيكون العقد الذى ينظم علاقته بالشركة أو المؤسسة هو عقد عمل^(٢) . والمحامى يقوم بتصرفات قانونية نيابة عن عميله عندما يرفع الدعوى باسم هذا العميل ، وعندما يقدم طلبات العميل ودفعه فى الدعوى ، وعندما يطعن باسم العميل فى الأحكام التى تصدر ، وعندما يبرم اتفاقاً مع خصم عميله كما إذا عقد معه صلحاً ، وعندما يصدر منه نيابة عن عميله إقرار أو تنازل أو يوجه ميمناً حاسمة أو يرد هذه الميم . وهو فى هذه التصرفات القانونية يعتبر وكيلًا عن عميله ، وتسرى عليه أحكام الوكالة . فإذا تعارضت أحكام الوكالة مع أحكام المفاوضة ولم يمكن التوفيق بينهما ، وجب ترجيح العصر الغالب فى أعمال المحامى وهو عنصر الوكالة^(٣) وإعمال أحكام الوكالة دون أحكام المفاوضة . فأجر المحامى عن أعماله المادية والقانونية مثلاً يكون خاضعاً لتقدير القاضى كما تقضى أحكام الوكالة (م ٧٠٩/٢ مدنى) .

وعلى العكس من ذلك العقد مع المهندس المعارى ، فإن هذا العقد يقع هو أيضاً على خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية فيجمع بين أحكام

(١) بلانليو وديوير ورواست ١١ فقرة ٩٠٩ ص ١٤٣ - بيدان ١٢ فقرة ١٧٦ ص ١٩١ - كولان وكاييتان دى لانوراندبير ٢ فقرة ١٠٨٥ - مازوفى دروس القانون للمدنى ٣ فقرة ١٣٣٤ ص ١١٠٢ - كرميه فى مهنة المحاماة سنة ١٩٥٤ فقرة ١٠٢ ص ١٠٦ - محمد ليبب شنب فقرة ٣٥ - فقرة ٣٦ - نقض فرنسى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ سريه ١٩٠١ - ٢٧٣ - إكس ١٤ يوليه سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩١١ - ٢ - ١٨٥ - ياريس ١٩ يناير سنة ١٩٥٣ جازيت دى پاليه ١٩٥٣ - ١ - ٩٩ - الصين ٦ مايو سنة ١٩٤٢ جازيت دى پاليه ١٩٤٢ - ٢ - ٣٥ .

ومن الفقهاء من يعتبر العقد هنا عقدًا غير مسمى : جان سافاتييف رسالته فى المهنة الحرة ص ٢١٣ - ص ٢١٥ - إسماعيل غانم فى عقد العمل ص ١١٦ ملهش ١ .

(٢) محمد ليبب شنب فقرة ٣٦ - ويكون العقد عقد عمل حتى لو لم يكن المحامى مضرغاً لأعمال المؤسسة أو الشركة (محمد ليبب شنب فقرة ٣٦ - استئناف مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٥٨ المدونة العالية التورية مجموعة سنة ١٩٦٠ رقم ٢٤ ص ٥٠) .

(٣) وكثيراً ما يتخلع المشرع على المحامى صفة الوكيل ، وعمل عميله صفة الوكيل ، وعلى العلاقة فيما بينهما صفة الوكالة أو التوكيل (النظر قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ المواد ٢٧ و ٢٩ و ٣٣ و ٤٠ و ٤١ - تقنين للمرافعات المواد ٨١ - ٨٩) .

المقاولة وأحكام الوكالة^(١) ، ولكن عنصر المقاولة هو الغالب ، فإذا تعارضت الأحكام وجب تطبيق أحكام المقاولة . ومن ثم لا يكون أجر المهندس الممارى خاضعاً لتقدير القاضي^(٢) . وأهم الأعمال المادية التي يقوم بها المهندس الممارى هي وضع التصميم والرسوم ، وعمل المقايسات ، والإشراف على التنفيذ . وقد يقوم ببعض التصرفات القانونية ، كمحاسبة المقاول وإقرار الحساب ، ودفع ما يستحقه المقاول في ذمة رب العمل ، وتسليم العمل من المقاول على أجزاء أو جملة واحدة بعد إنجازها . ويكون في هذه التصرفات القانونية نائباً عن رب العمل^(٣) ، ومن ثم تسري أحكام الوكالة كما سبق القول .

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ ققرة ٩١٠ ص ١٤٤ - بيدان ١٢ ققرة ١٧٨ - أوبري ورو وإسان ٦ ققرة ٣٧٤ هامش ١ (٢) وهامش ٤١ (٣) - أنسيكليبي دالوز ٣ لفظ Lounge d'ouv. et d'ind. ققرة ٦٢- ققرة ٦٣- محمد ليب شنب ققرة ٢٥ - ققرة ٢٧ - ويلعب بعض الفقهاء إلى أن المقد مقارلة لا وكالة (بودري وثل ٢ ققرة ٢٨٩٩ - جلاسون في تعليقه في دالوز ١٩٠٦ - ٩١ - ديموج في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩١٢ ص ١٩٨ - Fraissanges في مسئولية المهندس الممارى ققرة ٢٣ Corberand في مسئولية المهندس الممارى رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ - محمد ليب شنب ققرة ٢٥ - ققرة ٢٧ - وانظر في هذا المعنى نقض فرنسي ٢٥ مارس سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٤ - ٩ - ٢٨٥ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩١٩ - ١ - ٣٥٢ - مصر الكلية ٧ يناير سنة ١٩٥٧ قضية رقم ١٨٥٥ سنة ١٩٥٦ ومشار إلى الحكم في إماميل غام في عقد العمل ص ١١٦ هامش ١) - ويلعب القضاء الفرنسي في بعض أحكامه إلى اعتبار العقد وكالة (نقض فرنسي ١١ نوفمبر سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٦ - ١ - ٣٩ - ١٠ يونيو سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ١ - ٣٩٧ - ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ دالوز ١٢٧ - ١ - ٧٧ - ١٩ يوليو سنة ١٩٢٩ دالوز ١٩٣٠ - ١ - ١٦٩ - باريس ١٥ يناير سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ٢ - ٧١ - السين ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ١٥٧) .

(٢) وإذا تعدد أرباب العمل أو تعدد المهندسون المماريون فلا يكونون متضادين ، وذلك تطبيقاً لأحكام المقاولة لا لأحكام الوكالة (محمد ليب شنب ققرة ٣٧) .

(٣) ولا تفترض الوكالة في أعمال المهندس الممارى ، فالأمر لا يمكن قد تلقى تفويضاً من رب العمل في عمل معين فإنه لا يكون وكيلاً له فيه ، ومن ثم إذا وقع المهندس الممارى المقاول مبلغاً من النقود دون أن يكون مفوضاً في ذلك من رب العمل فإنه لا يلزم رب العمل بهذا الوفاء (بلانيول وريبير ورواست ١١ ققرة ٩١٠ ص ١٤٤ - أنسيكليبي دالوز ٣ لفظ Lounge d'ouv. et d'ind. ققرة ١٢ - محمد كامل مرسي ققرة ٥٧١ ص ٤٧٧ - نقض فرنسي ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ دالوز ١٢٧ - ١ - ٧٧ - ٢٠ يوليو سنة ١٩٢٧ دالوز الأبوصي ١٩٢٧ - ٤١٥ - ١٩ - ديسمبر سنة ١٩٢٨ جازيت دي باليه ٥ فبراير سنة ١٩٢٩) .

٦ - تمييز المقاولة عن البيع : ويظهر لأول وهلة أن المقاولة تتميز بسهولة عن البيع ، فهي ترد على العمل والبيع يقع على الملكية . فالمقاولة الذي يتعهد ببناء منزل يبرم عقد مقاولة . أما إذا بنى المنزل لحسابه ثم باعه بعد ذلك ، فالحقد بيع .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٤٧ مدنى على أنه « يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله » . ولاشك فى أن العقد فى هذه الحالة - إذا قدم رب العمل المادة واقتصر المقاول على تقديم عمله - يتمحض عقد مقاولة لا شبهة فيه^(١) . وإنما تقوم الشبهة فى الفرض الآخر الذى نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٦٤٧ مدنى ، إذ تقول : « كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً »^(٢) . فقد يقع أن يتعاقد شخص مع نجار على أن يصنع له مكتباً أو مكتبة أو أثاثاً ويقدم النجار الخشب من عنده ، وهذا ما يحصل فى الغالب . ويقع أن يتعاقد شخص مع حائك على أن يصنع له ثوباً ويقدم الحائك القماش من عنده . والرسام يقدم عادة القماش والمادة التى يصور بها فيتعاهد على العمل والمادة معاً . وصانع السفينة يقوم هو أيضاً بتقديم الخشب والمواد اللازمة لصنع السفينة فيتعاهد على العمل والمادة . فهل يبقى العقد فى الأحوال المتقدمة الذكر عقد مقاولة ، أو يكون عقد بيع واقع على شيء مستقبل هو الأثاث بالنسبة إلى النجار والثوب بالنسبة إلى الحائك والصورة بالنسبة إلى الرسام والسفينة بالنسبة إلى صانعها؟^(٣) .

(١) فيكون مقاولة العقد الذى يتعهد بموجبه شخص أن يصنع سجاير لا غير على أن يورد هذا المقاول الدخان اللازم لصنع السجاير (بودرى وقال ٢ فقرة ٣٨٧٨ - ييدان ١٢ فقرة ٧١٧ - أنيكلويدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٢٠ - نقض فرنسى ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ - ١ - ٣٩٥ - ١٦ يناير سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٣٩٥ - ٤ مايو سنة ١٨٩٤ (جنائى) دالوز ٩٤ - ١ - ٥٧٢) .

(٢) ويسمى العقد بعقد الاستصناع (marché à façon) : انظر فى هذا العقد دافيد فى عقد الاستصناع رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ ص ٢٢١ .

(٣) ولقول بأن العقد مقاولة أو بيع شيء مستقبل أهمية عملية تكتسب فى الوجود الآتية :

(١) يجوز لرب العمل أن يتحلل من عقد المقاولة ويوقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه على أن يحوض المقاول (م ٦٦٣ مدنى) ، أما البيع فهو ملزم لا يجوز التحلل منه بإرادة أحد الطرفين =

انقسمت الآراء في هذه المسألة . فرأى يذهب إلى أن العقد مقالة دائماً^(١) ، والمادة ليست إلا تابعة للعمل . وتكون المقالة في هذه الحالة ملزمة للصانع بصنع الشيء المطلوب فتقع على العمل ، وهي في الوقت ذاته تقع على الشيء المصنوع فتنقل ملكيته إلى رب العمل ولا تخرج مع ذلك عن نطاق المقالة ، إذ أن « تملك رب العمل للشيء الذي صنعه المقاول ليس إلا نتيجة ضرورية لأزمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل ، والعقود الواردة على الملكية لا تقتصر على البيع فهناك الشركة والقرض والدخل الدائم والصلح ، وكذلك المقالة إذا اتخذت صورة الاستصناع بأن كان محلها صنع شيء من مواد يقدمها المقاول^(٢) » . والقول بأن المقالة تنقل ملكية الشيء المصنوع إلى رب العمل مع بقائها مقالة يجعل للمقولة طبيعة أخرى تختلف تماماً عن طبيعتها باعتبارها عقداً يرد على العمل . ولم يقل أحد قبل

= المنفردة . (ب) في البيع تسري الفوائد عن البائن من يوم إغذار المشتري بدفعه أو من يوم تسليم المبيع إليه إذا كان قابلاً لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى (م ١/٤٥٨ مدي) ، أما في المقالة فلا يستحق المقاول فوائد على الأجر . المستحق له إلا من يوم المطالبة القضائية طبقاً لقواعد العامة . (ج) للبائع حق امتياز على المبيع ولو كان منقولاً ، أما في المقالة فلا امتياز للمقاول إلا إذا كان العمل تشييد بناء أو منشآت أخرى أو إعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها (م ١١٤٨ مدي) . (د) في البيع لا بد من الاتفاق على البائن وإلا كان البيع باطلاً ، أما في المقالة فإذا لم يحدد الأجر لم تكن المقالة باطلة ووجب الرجوع في تحديد الأجر إلى قيمة العمل ونفقات المقاول (م ٦٥٩ مدي) .

انظر في ذلك بودري وفال ٢ فقرة ٣٨٧٠ - محمد ليبب شطب فقرة ١٠ ص ١٥ هامش ١ . (١) - وإلى هذا الرأي ذهب بعض أحكام القضاء في فرنسا ، مستندة إلى أن المادة ١٧٨٧ مدي فرنسي لا تميز بين ما إذا كان الشيء قدم المادة هو رب العمل أو الصانع (وسرى فيما يلي أن هذه المادة تضمن مشروعها في إحدى مراحل التشريعية فقرتين أخريين ، تنص فقرة منها بأن العقد مقالة إذا قدم المادة رب العمل ، وتنص الفقرة لأخرى بأن العقد بيع إذا كان الصانع هو الذي قدم المادة ، فحللت هاتان الفقرتان ، وحذفهما في نظر أصحاب هذا الرأي دليل على العدول من هذا التفريق وعلى اعتبار أن العقد مقالة في الحالتين) : نقض فرنسي ٢٠ فبراير سنة ١٨٨٣ دالوز ٨٤ - ١ - ٣٢ - ١٨ أكتوبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٢ - ١ - ١١٣ مع تعليق بلانويول - أول أغسطس سنة ١٩٢٩ سيرييه - ١٩٣٠ - ١ - ١٧٥ - ليون ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ٢ - ٢٢٩ - نائبي أول يوتيه سنة ١٩٢٦ جازيت دي باليه ١٩٢٦ - ٣٦٠ - ١ .

(٢) محمد ليبب شطب فقرة ١٥ .

ذلك إن المقاولة قد ترد على الملكية فتنتقلها ، وهي إذا وردت على الملكية فتنتقلها فذلك إما يكون إما لأنها اندمجت في عقد آخر أو اختلطت بعقد آخر . وهذا العقد الآخر الذي نقل الملكية في نظير مقابل لا يمكن إلا أن يكون بيعاً إذا كان المقابل نقوداً ، وإلا أن يكون مقايضة إذا كان المقابل غير نقود . وإذا كان صحيحاً أن المشرع في نصوص متفرقة قد أجاز أن يتعهد المفاوض بصنع شيء يقدم فيه العمل والمادة (م ٦٤٧/٢ مدني) ، وأنه في هذه الحالة يكون مسئولاً عن جودة المادة وعليه ضمانها لرب العمل (م ٦٤٨) ، فليس معنى ذلك أن المقاولة تبقى مقاوله محضة في هذه الظروف ، ولا يوجد ما يمنع من أن تحتل المقاولة بعقد آخر هو الذي يقع على المادة دون العمل ويصح القول مع ذلك إن المفاوض هو الذي قدم المادة ، ويكون له بذلك دوران ، دور البائع الذي قدم المادة ، ودور المفاوض الذي قدم العمل .

ورأى ثانٍ يذهب إلى أن العقد هو بيع شيء مستقبل^(١) . وهذا الرأي

(١) وهذا ما يذهب إليه كثير من الفقهاء في فرنسا (لوران ٢٦ فترة ٥ - بودرى وقال ٢ فترة ٣٨٧٢ - ليرن كان وريغو ٥ فترة ١٥٢ - هيك ١٠ فترة ٦ - جيوار ٢ فترة ٧٧٢ - ريبير في القانون البحري الطبعة الثالثة ١ فترة ٣١٩) ، وتذهب إليه بعض أحكام القضاء الفرنسي (نقض فرنسي ٢٢ يولييه سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٥ - ١ - ٣٠٣ - ٧ أبريل سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٩ - ١ - ٣٢٩ - السين التجارية ٨ أبريل سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٥٠ الموجز ٦) ، وبخاصة في عقد صنع السفن (نقض فرنسي ١٧ مايو سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٨ - ١ - ٩٧ - ١٠ يولييه سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٩ - ١ - ١٠٧ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ - ١ - ٦٥) . ويستند هذا الرأي في فرنسا إلى أن المادة ١٧١١ مدني فرنسي تقضي بأن العقد يكون مقاوله إذا كانت المادة مقدمة من رب العمل . ويستخلص من هذا النص مفهوم المخالفة أن العقد لا يكون مقاوله إذا كانت المادة مقدمة من الصانع ، فيكون العقد إذن بيعاً . ويميز أنصار هذا الرأي وأهمهم بأن المادة ١٧٨٧ مدني فرنسي - وهي تتحدث عن حالتين في الأولى منها يقدم المادة رب العمل وفي الأخرى يقدمها الصانع - كانت تشتمل في مشروعها على فقرتين أخريين هما الفقرة الثانية والفقرة الثالثة ، يجرىان على الوجه الآتي : « ٢ - وفي الحالة الأولى (المادة يقدمها رب العمل) يتحضر العقد مقاوله . ٣ - وفي الحالة الثانية (المادة يقدمها الصانع) يكون العقد بيع شيء بمجرد صنعه » . وقد حذفت هاتان الفقرتان لأنها أقرب إلى تقرير قواعد فقهية ، فوائدهم الفقهاء المدعي الفرنسي إذن يكيفون من الناحية الفقهية العقد الذي يقدم فيه الصانع المادة بأنه عقد بيع .

وقد استخلص أوبري ورو من عبارة « يكون العقد بيع شيء بمجرد صنعه » أن العقد قبل صنعه الشيء يكون مقاوله ، فإذا ما تم صنعه تحول بيعاً (أوبري وروو إسيان ٥ فترة ٣٧٤ ص ٤٠٠ هامش ٢) . وسندود للإشارة إلى هذا الرأي فيما يلي ؟

لا يدخل في الاعتبار أن المفاوض إنما تعاقداً أصلاً على العمل ، والمادة إنما جاءت تابعة للعمل . ولو كان المفاوض قصد أن يبيع شيئاً مصنوعاً ، لحاز له أن يقدم لرب العمل شيئاً يكون قد صنعه قبل العقد . وهو إذا فعل ، وقبل منه رب العمل ذلك ، فإن ملكية هذا الشيء المصنوع من قبل لا تنتقل بموجب العقد الأصلي ، وإنما تنتقل بموجب عقد جديد يكيف على أنه بيع ، لا لشيء مستقبل ، بل لشيء حاضر .

ورأى ثالث يذهب إلى أن العقد يكون مقاوله أبيعاً بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل^(١) . فإن كانت قيمة العمل تفوق كثيراً قيمة المادة ، كالرسم يورد القماش أو الورق الذي يرسم عليه ، والألوان التي يرسم بها وهذه الخامات أقل بكثير من قيمة عمل الرسام ، فالعقد مقاوله^(٢) . أما إذا كانت قيمة المادة تفوق كثيراً قيمة العمل ، كما إذا تعهد شخص بتوريد سيارة بعد أن يقرم فيها ببعض إصلاحات طفيفة ، فالعقد بيع^(٣) . وهذا هو

(١) وهذا الرأي يستند إلى القاعدة التي تقضي بأن الفرع يتبع الأصل (accessorium sequitur principale) ، فإذا كان العمل هو الأصل تبعته المادة وكان العقد مقاوله ، وإذا كانت المادة هي الأصل تبعها العمل وكان العقد بيعاً ؛ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٦ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٩٩٢ - كولان وكابيتان وحى لامورانديير ٢ فقرة ١٠٨٨ - الهلال وحامد زكري فقرة ٦٧ ص ٦٨ - عبد المنعم الهداوى في البيع فقرة ٦٩ ص ١٠٣ - سليمان مرقس موجز البيع والإيجار فقرة ٢٤ ص ٢٩ - أنور سلطان في البيع فقرة ٢١ ص ٣١ - منصور مصطفى منصور في البيع والإيجار فقرة ١٢ ص ٢٤ - إسماعيل غانم ص ٣٦ - وقرب جوردى وقال ٢ فقرة ٢٨٧٤ .

(٢) عكس ذلك جوردى وقال ٢ فقرة ٢٨٧٢ ص ١٠٧٥ .

(٣) وتنص المادة ٢٥٨/٢ من تقنين الموجبات والتعود البتاني على ما يأتي : « حل أنه إذا كانت المواد التي يقدمها الصانع هي الموضوع الأصل في العقد ولم يكن العمل إلا فرعاً ، كان هناك بيع لا استصناع » . أما المفاوض الذي يتعهد بإقامة مبنى ، فإن كانت الأرض التي يتقام عليها المبنى ملكاً لرب العمل كما هو الغالب فالعقد مقاوله أياً كانت قيمة مواد البناء بالنسبة إلى قيمة العمل ، وإن كانت الأرض ملكاً للمفاوض فالعقد بيع الأرض ، في حالها المستقبلية أي بعد أن يتقام عليها المبنى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥ - الوسيط ٤ فقرة ١١ ص ٣١) .

ويجب هنا أن نستبعد رأياً يقول بأن الاستصناع يكون عقد مقاوله ابتداءً وعقد بيع انتهاءً ، فهو مقاوله قبل أن يتم صنع الشيء ، فإذا ما تم صنعه وسلم إلى رب العمل انقلب بيعاً (أوبرى ورو وإيهان ٣٧٤ فقرة ٤٠٠ ص ٤٠٠ هامش ٢) . فالعقد لا تتغير طبيعته بمجرد تنفيذه ، وطبيعة العقد إنما تتحدد وقت انعقاده . فإذا ما تحددت بقيت دون تغيير قبل التنفيذ وبعدة (دافيد في عقد-

الرأى الذى ذهبتا إليه عند الكلام فى البيع^(١) . ونزيده هنا لإيضاحاً فنقول إن الأمر ظاهر فى المثلين المتقدمين ، حيث تصغر قيمة المادة إلى حد كبير بالنسبة إلى عمل الفنان فتكون تابعة للعمل ويكون العقد مقاولة ، وحيث تكثر هذه القيمة إلى حد بعيد بالنسبة إلى العمل فى السيارة التى تحتاج إلى إصلاحات طفيفة فيكون العقد بيعاً ، ولكن كثيراً ما يقع أن تكون للمادة قيمة عيوية إلى جانب قيمة العمل ، حتى لو كانت أقل قيمة منه ، وذلك كالحشب الذى يورده التجار لصنع الأثاث والتماش الذى يورده الحائك لصنع الثوب ، ويصبح العقد فى هذه الحالة مزيجاً من بيع ومقاولة ، سواء كانت قيمة المادة أكبر من قيمة العمل أو أصغر ، ويقع البيع على المادة وتمضى أحكامها فيما يتعلق بها ، وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه^(٢) .

ـ الاستنساخ ص ٣٦ - جوار ٢ فقرة ٧٧٢ ص ٣٤٢ - بودى وقال ٢ فقرة ٣٨٧٢ ص ١٠٧٥ - كوست فى التكييف القانونى لمقد المقاولة رسالة من تولوز سنة ١٩١٣ ص ١٠٤ - محمى ليهب شنب فقرة ١٢) . على أن أوبرى ورو الثاقلين بهذا الرأى يقرران بيع ذلك أن عقد المقاولة تبقى بعض أحكامه سارية حتى بعد تنفيذ العقد وتسليم الشيء المصنوع إلى رب العمل ، ومن هذه الأحكام ضمان الصانع لعمله فهذا الضمان تسرى عليه أحكام عقد المقاولة (أوبرى ورو وإسبان • فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٠ هامش ٢) . والاستناد إلى نهي الفقرة الثالثة المنقولة من مشروع المادة ١٧٨٧ مدنى فرنسى - وهى التى تقول : « يكون العقد بيع شيء بمجرد صنعه » - لا يبنى ، إذ المقصود أن البيع يقع على شيء عند تمام صنعه ، أى على شيء مستقبلي (بودى وقال ٢ فقرة ٣٨٧٢ ص ١٠٧٥) .

(١) الوسيط ٤ فقرة ١١ ص ٣٠ - ص ٣١ .

(٢) انظر فى هذا المعنى بلاتيفول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٢ ص ١٤٧ - ص ١٤٨ - .
وقرب إيدان ١٢ فقرة ١٨١ - بلاتيفول فى تعليقه فى دالوز ١٩١٢ - ١ - ١١٣ - محمد كامل - حرسى فقرة ٥٧٣ ص ٤٧٩ .

ويترتب على أن العقد مزيج من البيع والمقاولة أن الشيء المصنوع تنتقل ملكيته إلى رب العمل بمجرد تمام صنعه تطبيقاً لأحكام البيع ، فإذا استولت عليه الإدارة كان التمييز مستحقاً لرب العمل لا للصانع (باريس ٢٤ مايو سنة ١٩٤٤ دالوز ١٩٤٤ - ٩٩) . وإذا حك الشيء المصنوع قبل التسليم فالملاك على الصانع ، وذلك تطبيقاً أيضاً لأحكام البيع التى تجعل تبعة الملاك قبل التسليم على البائع ، وتتفق هذه الأحكام هنا مع أحكام المقاولة إذ الملاك على المفاوض قبل التسليم (م ١/٦٦٥ مدنى) : أوبرى ورو وإسبان • فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٣ - ص ٤٠٤ . ولكن الصانع يضمن العمل الذى أنجزه ضمان المفاوض ، وتسرى هنا أحكام المقاولة لا أحكام البيع . وهناك رأى يذهب إلى أن الاستنساخ ليس مقاولة ولا بيعاً ، بل هو عقد غير مسمى (دافيد . فى عقد الاستنساخ رسالته من باريس سنة ١٩٣٧) ولا مانع من القول بأن هناك عقداً له مقومات -

٧ - تمييز المفاوضة عن الوديعة : المفاوضة ترد على عمل يقوم به شخص لآخر ، أما الوديعة فتد على نوع معين من العمل هو حفظ الشيء لمصلحة المودع ورده إليه عيناً . والأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر (م ٧٢٤ مدني) ، وإذا اتفق على أجر فهو عادة أجر زهيد يكافي ما بذله المودع عنده من جهد في حفظ الوديعة دون أن يبقى كسباً من وراء ذلك فهو ليس بمضارب ، أما المفاوضة فهي عقد من عقود المضاربة يعني المفاوض من ورأها الكسب ، ويغلب أن تكون هذه هي مهته التي يتعيش منها ، ومن ثم تكون المفاوضة دائماً بأجر والأجر غير زهيد حتى يكافي ما يتعرض له المفاوض من التفتات والتباعدات والحسائر . ومن أجل ذلك تكون مسئولية المودع عنده أخف عادة من مسئولية المفاوض ، ولكل من المودع والمودع عنده أن يتحمل من العقد قبل انقضاء أجله ما لم يكن الأجل في مصلحة الطرف الآخر (م ٧٢٢ مدني) ، أما المفاوضة فالتحمل منها مقيد بالتعويض (م ٦٦٣ مدني) .

على أن الوديعة المأجورة قد تشبه بالمفاوضة ، إذ المودع عنده في هذه الحالة يقوم بعمل لمصلحة الغير ، هو حفظ الشيء المودع ، لقاء أجر معلوم ، فتقترب الوديعة من المفاوضة^(١) . ولكن المودع عنده ، حتى في الوديعة المأجورة ، ليس بمضارب ولا يبقى الكسب من وراء الأجر كما قدمنا ، بخلاف المفاوض . على أن هناك من الودائع المأجورة ما يقترب من المفاوضة إلى حد بعيد ، وذلك فيما يدعى بعقود الحفظ (contrats de garde) المهنية حيث يتخذ الشخص الوديعة المأجورة حرفة له فيكون في هذه الحالة مضارباً يعني الكسب ، وذلك كالصرف الذي يوجر خزانته ليودع العميل فيها أشياءه الثمينة (location des coffres-forts) ، وكصاحب الجراج العام بالنسبة إلى السيارات التي تودع عنده . وقد قلنا عند الكلام في الإيجار^(٢) أنه حدث أخيراً تحول

= تمييزه عن غيره هو عقد الاستصناع ، ولكن ذلك لا يعني أنه عقد غير مسمى ، فاحم معروف وهو « عقد الاستصناع » ، ولا يمنع من أن يكون عقد الاستصناع هذا ليس إلا مزيجاً من البيع والمفاوضة .

(١) بودري وقال ٢ فقرة ١٦٣٤ .

(٢) انظر الوسيط ٦ فقرة ١٠ .

في الفقه والقضاء ، ورجح الرأي الذي يكيف عقود الحفظ هذه بأنها عقود وديعة مأجورة . وهي ، حتى بهذا التكييف ، تقرب كثيراً من عقود المقاولة كما سبق القول .

وهناك عقود مقاولة تتضمن الوديعة . مثل ذلك أن يدفع شخص بسيارته إلى جراج لإصلاحها ، فصاحب الجراج في تعهده بإصلاح السيارة يبرم عقد مقاولة ، وهو في الوقت ذاته يحفظ السيارة في الجراج المدة اللازمة لإصلاحها فتكون مسؤوليته عن سرقة السيارة مسئولية المودع عنده^(١) . ومثل ذلك أيضاً أن يقدم رب العمل للمقاول المادة التي يستعملها هذا الأخير في العمل ، فيكون العقد مقاولة بالنسبة إلى العمل ووديعة بالنسبة إلى المادة التي قلمها رب العمل . ويذهب كثير من الأحكام في فرنسا إلى أن عقد الوديعة يجتمع في هذه الحالة مع عقد المقاولة ، وتسرى على كل منهما أحكامه^(٢) . ولكن الصحيح أن العقد هنا هو عقد مقاولة فقط ، وهي بطبيعتها تتضمن التزاماً بحفظ الشيء الذي يعمل فيه المقاول بعد تسلمه من رب العمل ، ويكون مسئولاً عن ضياعه باعتباره مقاولاً لا باعتباره مودعاً عنده ، إذ مسئوليته تنشأ من عقد المقاولة لا من عقد وديعة مقترن بها^(٣) . وقد نصت المادة ٦٨٥ مدني صراحة على هذا الالتزام بالحفظ في عقد العمل ، فأوجب على العامل : « (ج) أن يحرص على حفظ الأشياء المسلمة إليه لتأدية عمله . . . » ويمكن القول إن هذا الالتزام موجود أيضاً في ذمة المقاول إذا ما تسلم شيئاً من رب العمل لتأدية عمله . ومن ثم يكون العقد الذي يتسلم بموجبه المدرب حصاناً لتدريبه عقد مقاولة لا عقد وديعة ، وبموجب عقد المقاولة هذا يكون المدرب مسئولاً عن المحافظة على الحصان^(٤) . وإنما يوجد عقد الوديعة إذا انتهى المقاول من عمله ،

(١) ليون ٣٠ يولييه سنة ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٧ - ٣٧٧ مع تعليق تونك .

(٢) أورليان ١٣ فبراير سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ - ٢٧٦ - باريس ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٠ جازيت دي پاليه ١٩٣٤ - ٢ - ٩٩٥ - باريس أول مارس سنة ١٩٤٥ جازيت دي پاليه ١٩٤٥ - ١ - ٢٠٠ - ليون ٣٠ يولييه سنة ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٧ - ٣٧٧ وهو الحكم السابق الإشارة إليه .

(٣) تونك في تعليقه في دالوز ١٩٤٧ - ٣٧٧ وهو التعليق السابق الإشارة إليه - جيلانيول وديبير ورواست ١١ فقرة ٩١٢ مكررة ص ١٤٩ .

(٤) بودري وقال ٢ فقرة ١٦٣٤ .

ودعا رب العمل إلى تسليم الشيء فلم يتسلمه ، وبقي الشيء في تحفظ المقاول فيكون العقد من ذلك الوقت عقد ودعية ، وإذا كان العقد هو في الأصل عقد ودعية كودعية السيارات في جراج عام وتضمن القيام بأعمال ثانوية لا تحوله إلى مقالة كتطيف العربى وغسلها كل يوم^(١) .

٨ — تمخير المقاول عن الشركة : الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالى بتقديم حصة من مال أو عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة (م ٥ ، ٥ ملق) . ونرى من ذلك أن الشريك قد تكون حصته في رأس المال هي التزامه بالقيام بأعمال تعود على الشركة بالفائدة ، وقد يكون العمل مثلا هو الحصول على ترخيص أو على « تصاريح » للاستيراد أو نحو ذلك ، فيدخل الشريك بهذا العمل حصة له في الشركة على أن يتقاضى من أرباحها نسبة معينة^(٢) . وهنا قد تلتبس المقولة بالشركة ، فإذا كان الشريك الذى دخل بالعمل حصة له يساهم في أرباح الشركة وفي خسائرها ، فالعقد شركة . أما إذا اشترط من يقدم العمل أن يأخذ من الشركة أجراً مقابل « تصاريح الاستيراد » التى حصل لها عليها مبلغاً معيناً ، أو حتى نسبة في أرباح الشركة دون أن يشارك في الخسارة ، فالعقد في هذه الحالة لا يكون شركة بل يكون مقولة ، التزم فيها المقاول بالحصول على تصاريح الاستيراد لمصلحة الشركة ، والتزمت الشركة أن تعطى المقاول أجراً على ذلك^(٣) .

والذى يميز الشركة عن المقولة هو أن الشريك في الشركة تكون عنده نية الاشتراك في نشاط ذى تبعة ، وهذه النية هي نية تكوين الشركة (affectio societatis) أو لإرادة كل شريك في أن يتعاون مع الشركاء الآخرين في نشاط ينطوى على قدر من المخاطرة . أما المقاول فليست عنده هذه النية ولا يريد أن يتحمل مع الشركاء تبعة المخاطرة بحيث يساهم في الأرباح وفي الخسارة ، بل هو يقدم عملاً معيناً ويتقاضى أجره على هذا العمل . ووجود نية تكوين الشركة

(١) بلانويل وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٢ مكررة ص ١٤٩ .

(٢) الوسيط ٥ فقرة ١٨٦ ص ٢٧٤ هامش ١ .

(٣) انظر في التمييز بين الشركة والمقولة بودرى وقال ٢ فقرة ١٦٣٣ .

فيكون العقد شركة ، أو اعتماد هذه النية فيكون العقد مقاوله ، مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضى الموضوع^(١) .

٩ - تنوع الأعمال التى تكونه محمول للمقاول : رأينا أن المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً . فالمقاول إذن يتعهد بصنع شيء أو بإداء عمل ، ولما كان صنع الشيء هو أيضاً عمل يؤديه الصانع ، فالمقاول يتعهد دائماً بتأدية عمل . والعمل الذى يؤديه المقاول يختلف من مقاوله إلى أخرى اختلافاً بيناً ، ويتنوع تنوعاً كبيراً . ويمكن تقسيم الأعمال التى يؤديها المقاول من نواح مختلفة : من ناحية طبيعة العمل ومن ناحية حجمه ومن ناحية نوعه .

فمن ناحية طبيعة العمل ، قد يكون العمل غير متصل بشيء معين بل هو مجرد عمل ، كقتل الأشخاص والطبع والنشر والإعلان والعلاج والمرافعة والتدريس والمحاسبة ونحو ذلك^(٢) . وقد يكون العمل متصلاً بشيء معين . وهذا الشيء إما أن يكون غير موجود وقت العقد فيصنعه المقاول بمادة من عنده أو من عند رب العمل ، فالنجار يصنع الأثاث بخشب من عنده أو من عند رب العمل ، والحائك يخطط الثوب بقماش من عنده أو من عند العميل ، والبناء يقيم البناء بمواد من عنده أو من عند رب العمل . وإما أن يكون الشيء موجوداً وقت العقد ويرد العقد عليه ليقوم المقاول بعمل فيه ، كبناء يرممه أو يدخل فيه تعديلاً أو يهدمه ، وكحائض يدهنه ، وكأثاث يجنده ، وكسيارة يصلحها .

ومن ناحية حجم العمل ، تتدرج المقاولات من صغيرة إلى كبيرة . فالأعمال التى تقسم بينها فيها الكبير وفيها الصغير . فعمل النجار والحائك والسباك والحداد وأعمال المهن الحرة ونحوها تكون غالباً من المقاولات الصغيرة وتندرج مع ذلك فى أهميتها . أما المقاولات الكبيرة ، فهى عادة تشييد المباني

(١) الوسيطه فقرة ١٥٩ من ٢٢٢ .

(٢) وقد يكون العمل مادياً كقتل الأشخاص والطبع والنشر ، أو نسياً كالرسم والنحت والنقش والتصوير والتثيل ، أو علمياً كالمرافعة والعلاج والمحاسبة ، أو أدبياً كالتأليف والمحاضرة والتدريس .

والمنشآت الثابتة الأخرى والمشروعات الكبيرة كالجسور والسدود والخزانات والترع والمصارف والطائرات والسفن والأسلحة الحديثة والذخائر . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٦٥ من هذا هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : « ١ - يرد العقد إما على مقاولات صغيرة أو على مقاولات كبيرة ، أو على مقاولات تتعلق بالمرافق العامة . ٢ - ويقصد بالمقاولات الكبيرة مقاولات يكون محلها تشييد مبان أو منشآت ثابتة أخرى أو ما شابه ذلك من مشروعات ضخمة تقوم على الأرض » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لأنه « مجرد تعداد » (١) .

ومن ناحية جنس العمل ، هناك من المقاولات ما أصبح معروفاً باسم خاص لانتشاره ، فهناك مقاولات البناء وهى من الانتشار بحيث إذا أطلقت كلمة « المقاوله » انصرفت إليها . وقد وضعت القواعد العامة لعقد المقاوله منظوراً فيها بوجه خاص إلى مقاولات البناء ، وإن كانت تنطبق على سائر المقاولات كما سئرى . وهناك التزام المرافق العامة ، وعقود الأشغال العامة ، وعقد النقل ، وعقد النشر ، وعقد الإعلان ، وعقود المهن الحرة ، وعقد النظارة . وهذه المقاولات ينفرد كل منها بمحاصص معينة تميزها عن غيرها ، وسنبحث طائفة منها بعد أن نبحث القواعد العامة التى تنطبق على جميع المقاولات .

١٠ - التنظيم التسريعى لعقد المقاوله: كان التقنين المدنى القديم ، كما رأينا ، يدمج عقد المقاوله وعقد العمل فى عقد الإيجار ، ويسمى عقد الإيجار بإيجار الأشياء وعقد العمل بإيجار الأشخاص وعقد المقاوله بإيجار أرباب الصنائع . ففصل التقنين المدنى الجديد ما بين هذه العقود الثلاثة المتباينة ، وسمى « إيجار أرباب الصنائع » باسمها الجديد وهو عقد المقاوله ، للتدليل على مدى التطور الذى لحق هذا العقد وكيف تعددت أشكاله وصوره العملية فى الوقت الحاضر .

وقد كان التقنين المدنى القديم يسير على غرار التقنين المدنى القرنى ، ويورد القواعد التقليدية فى هذا العقد على اعتبار أنه عقد ما بين مستصنع

وصانع ، ومركز الصانع بالنسبة إلى المستصنع يقرب كثيراً من مركز العامل بالنسبة إلى رب العمل . ولم يعد هذا الوضع يتشبه مع مقتضيات التطور ، فقد تعددت أشكال المقاولة وصورها في العمل ، ووجب أن يكون التنظيم البشري لهذا العقد متلائماً مع التطور الذي وصل إليه .

وقد قسم التقنين المدني الحديد النصوص المتعلقة بعقد المقاولة إلى قسمين . في القسم الأول أورد القواعد العامة التي تنطبق على جميع المقاولات ، ومنها مقاولات البناء . فاستبقى فيها معظم أحكام التقنين المدني القديم ، وأضاف إليها أحكاماً جديدة . فبعد أن عرف المقاولة ، عرض لالتزامات المقاول في حالتيها إذا تعهد بتقديم العمل والمادة معاً أو تعهد بتقديم العمل فقط . وأورد بنوع خاص القواعد المتعلقة بمسؤولية المهندس المعماري والمقاول بالتضامن عن خلل البناء في مدة عشر سنين ، ووضع أحكاماً منظمته للمسؤولية من حيث شروطها وتوزيعها بين المسؤولين ، وانتفاؤها بالقوة القاهرة ، وجواز الاتحاق على الإعفاء منها ، وسقوطها بالتقادم . ثم عرض لالتزامات رب العمل ، في حالتيها ما إذا أبرم عقد المقاولة بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة أو أبرم العقد بأجر إحمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع المقاول . وقرر للمهندس المعماري أجراً مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقايضة ، وآخر عن إدارة الأعمال . ثم عرض بعد ذلك للمقاولة من الباطن ، فأجاز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن ، وحدد العلاقة ما بين رب العمل والمقاول الأصلي والمقاول من الباطن ، وجعل للمقاول من الباطن والعامل الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل دعوى مباشرة يطالبون بها رب العمل بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينياً بالمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى . ثم عرض أخيراً لانتهاء المقاولة ، فأجاز لرب العمل أن يتدخل من العقد ويقف التنفيذ في أي وقت على أن يعرض المقاول جميع ما أنفق من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل . وجعل المقاولة تنتهي باستحالة تنفيذ العمل المقنود عليه ، وبهلاك الشيء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل ، وبموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد .

وفي القسم الثاني أورد التقيين المدني الجديد القواعد المتعلقة بنوع خاص من المقاولات هو التزام المرافق العامة ، فنظم العلاقة التي تقوم بين ملتزم المرفق العام وعمله ، وأوجب على ملتزم المرفق أن يحقق المساواة التامة بين عملائه ، وجعل لتعريفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه ، وجعل على عملاء المرافق العامة أن يتحملوا ما يلزم أدوات الموافقة عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة ، كهذا الذي تقتضيه صيانة الأدوات التي يدار بها المرفق^(١).

(١) وهذا ما ورد في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد :
« إن مجرد التغير الذي تم في عنوان هذا الفصل ، وإبدال اسمه القديم - إيجار أهل الصنائع - باسم جديد هو عقد المقاولة ، لكاف في الدلالة على معنى التطور الذي لحق هذا العقد وتشعب فوائده وتعدد أشكاله وصوره العملية في الوقت الحاضر . فقد كان القصد قديماً من وضع أحكام هذا الفصل هو تنظيم العلاقة القانونية بين مستحسن وصانع يهدف إليه بعمل ما ، مع هذه الخاصية ، وهي أن مركز الصانع بالنسبة لمن يكلفه بالعمل يقرب كثيراً من مركز العامل بالنسبة السيد أو لرب العمل . ولذلك سارت المؤلفات القانونية قديماً على دراسة هذا العقد ملحفاً بعقد العمل . فترى مجموعة دالوز (سنة ٥٩٨) تبدأ كلامها عن عقد المقاولة ، في الجزء الذي خصصته له من باب عقد العمل ، بهذه العبارة : « يتميز عقد المقاولة عن عقد العمل بأن السيد لا تكون له إدارة العمل ، ولا تربطه بالصانع علاقة تبعية » . ولهذا أيضاً نجد التقيين المصري ، أهلياً ومختلطاً ، يتكلم عن عقد الاستصناع وعقد العمل في باب واحد « إيجار الأشخاص وأهل الصنائع » - على أن هذه النظرية أصبحت لا تتفق مع مقتضيات الحاجات الحاضرة ، فقد تمددت أشكال المقاولة وصورتها في العمل ، ووجب أن يكون التنظيم القانوني لهذا العقد من المرونة بحيث ينسجم مع الحالات المختلفة . ثم لقد حاول التقيين الحالي (السابق) ذلك في المواد ٤٠٧ - ٤١٠ / ٤٩٧ - ٥٠١ ، ولكن المحاولة لم تكن كافية ، وكان من الواجب أن يعرض للمشروع ، علاوة على الأحكام العامة ، لبعض الصور الخاصة للمقاولة ، إذ كيب يمكن القول بأن العلاقة التي تربط الشخص برسام يهدف إليه بعمل لوحة ما هي بعيداً التي تربطه بمقاول يكلفه ببناء منزل . - ويمتاز المشروع في تنظيمه لهذا العقد بأنه يراعى الاعتبارات السابقة ، فهو بعد أن يعرف عقد المقاولة ويذكر صورته المختلفة مبيناً أنه قد يرد على مقاولات صغيرة أو على مقاولات كبيرة (هذا التمييز ساذف في لجنة المراجعة كما سبق القول) أو على مقاولات تتعلق بالمرافق العامة ، يعرض لقواعد العامة التي تنطبق على كل أنواع المقاولات ، ثم يتكلم أخيراً عن بعض القواعد الخاصة بأنواع معينة من المقاولات . على أنه يجب أن يلاحظ مبدئياً أن هذا التقسيم تقريبي لسهولة ، لأن الانتقال من المقاولات الصغيرة - وهي الصورة التقليدية لعقد الاستصناع - إلى المقاولات الكبيرة إنما يتم بالتدرج . كذلك يلاحظ أنه لم يكن ممكناً أن يوضع إلى جانب الأحكام العامة تنظيم خاص لكل الأشكال المالية لعقد المقاولة ، ولذلك اكتفى المشروع ببعض صورته الجزئية ، تاركاً للقاضي =

١١ - خطة البحث : ونبحث عقد المقاولة في باين :

الباب الأول في المقاولة بوجه عام ، نورد فيه الأحكام العامة التي تسمى على جميع المقاولات . فنبحث في الفصل الأول أركان المقاولة ، وفي الفصل الثاني الآثار التي تترتب على المقاولة ، وفي الفصل الثالث انتهاء المقاولة .
ثم نعرض في الباب الثاني لبعض أنواع المقاولات . فتتكم في الفصل الأول في التزام المرافق العامة ، ونبحث في الفصل الثاني القواعد الخاصة التي تسرى على بعض مقاولات أخرى هي عقد النشر وعقد الإعلان وعقود المهن الحرة وعقد النظارة .

« أمر تطبيقها وضبطها على الحالات الخاصة - وقد في المشروع فيما اجبره من التزامات العامة ببيان التزامات كل من المقاول ورب العمل وأسباب انتهاء المقاولة ، فاستقر فيها معظم أحكام التقنين الحال (السابق) وأضاف إليها أحكاماً جديدة . وفي التزامات الخاصة في بعض أنواع المقاولات ، ولاسيما مقاولات المباني ، فلورد بشأنها ما تقسمه التقنين الحال (السابق) من مسؤولية المهتمس للمباني والمقاول بالتضامن من خلال البناء في مدة عشرين ، ووضع أحكاماً منظمة لهذه المسؤولية من حيث شروطها وتوزيعها بين المسئولين ، وارتفاعها بالقوة القاهرة ، بجواز الاتفاق على الإخفاء منها ، وسقوطها بالتقادم » (مجموعة الأعمال التشريعية » ص ٦) -

الباب الأول

المقابلة بوجه عام

الفصل الأول

أركان المقابلة

١٢ — تطبيق الفواهر العام: أركان عقد المقابلة ، كالأركان في سائر العقود ، ثلاثة : التراضي والمحل والسبب . ولا شيء يقال في السبب في خصوص عقد المقابلة ، ونحيل في ذلك إلى النظرية العامة في السبب في الجزء الأول من الوسيط . فيبقى التراضي والمحل . والمحل في عقد المقابلة مزدوج ، فهو بالنسبة إلى التزامات المفاوض العمل الذي تعهد بتأديته بموجب عقد المقابلة ، وهو بالنسبة إلى التزامات رب العمل الأجر الذي يدفعه للمفاوض في مقابل هذا العمل .

فالكلام في أركان المقابلة يقتضى أن نعرض في الفرع الأول للكلام في التراضي ، وفي الفرع الثاني للكلام في المحل أى في العمل والأجر .

الفرع الأول

التراضي في المقابلة

١٣ — مبحثه: نبحث على التوالي : (١) شروط الانعقاد في التراضي .
(٢) شروط الصحة في التراضي .

المبحث الأول

شروط الانعقاد

١٤ — توافق الإرادة والقبول : يجب لانعقاد المفاوضة أن يتطابق الإيجاب والقبول على عناصرها ، فيتم التراضي بين رب العمل والمفاوض على ماهية العقد والعمل الذي يؤديه المفاوض لرب العمل والأجر الذي يتقاضاه منه . وقد رأينا أن المادة ٦٤٦ مدني ، وهي التي تعرف المفاوضة ، تذكر هذه العناصر صراحة إذ تقول : « المفاوضة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر^(١) . ويكون ذلك خاصاً للقواعد العامة المقررة في نظرية العقد .

فيجوز التعبير عن التراضي صراحة أو ضمناً ، ولا يشترط شكل خاص لأن المفاوضة من عقود التراضي^(٢) كما سبق القول .

ويجب التراضي على ماهية العقد . فلو أن شخصاً تعهد أن يقوم بعمل لآخر ولم يعرض للأجر ولكنه أراد بتعهد أن يرم عقد مفاوضة فيتقاضى أجراً ، وكان الآخر يعتقد أن الأول يقوم بالعمل دون أجر ، لم يكن هناك عقد بين الطرفين ، لا عقد غير مسمى كما كان يعتقد المتعاقد الآخر ، ولا عقد مفاوضة كما كان يعتقد المفاوض الأول .

ويجب التراضي على العمل المطلوب تأديته ، فيعين تمييزاً كافياً على النحو الذي ستراه فيما يلي . فلو أن شخصاً اتفق مع صانع على صنع شيء يقدم رب العمل مادته ، فلما قدمها تبين الصانع أن رب العمل يقصد شيئاً آخر غير الذي ظنه الصانع ، فإن المفاوضة لا تتعقد لعدم التراضي على العمل المطلوب تأديته . ويجب التراضي على الأجر الذي يدفعه رب العمل للمفاوض . وسنرى عند الكلام في الأجر كيف يحدد . ويكفي هنا أن نذكر أن الأجر في عقد المفاوضة ،

(١) انظر آتفاً فقرة ١ .

(٢) وتنص المادة ٦٢٥ من تقنين المبيعات والعقود البنائية على أن « تم العقود الميعة في المادة السابقة (عقد المفاوضة وعقد العمل) بمجرد تراضي الطرفين » .

كالأجرة في عقد الإيجار ، ليس من الضروري أن يبين في العقد . فإذا سكت المتعاقدان عن تعيين الأجر ، لم تكن المقاولة باطلة لذلك ، ويتكفل القانون بتعيين الأجر . وقد نصت المادة ٦٥٩ مدنى على أنه : « إذا لم يحدد الأجر سلفاً ، وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاولة » . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في الأجر .

وإذا كان التراضى يصحح أن يكون ضمناً ، فليس معنى ذلك أنه يفترض ، بل يجب أن يكون موجوداً ، وعلى من يدعيه عبء إثباته . فإذا قام مهندس معمارى بوضع تصميم لبناء دون أن يكلفه رب العمل بذلك ، وكان المهندس يأمل من وراء هذا أن يعجب التصميم رب العمل فيكلفه بتنفيذه ، فإنه لا يجوز في هذه الحالة أن يفترض أن هناك تراضياً من رب العمل والمهندس على عمل التصميم ، حتى لو كان التصميم قد أعجب رب العمل فعلاً وأراد تنفيذه . ولا يكون رب العمل ملزماً أن يدفع للمهندس أجراً على التصميم ، لأنه لا يوجد عقد مقاولة يلزمه بذلك^(١) . ولكن إذا نفذ رب العمل التصميم الذى وضعه المهندس ، كان للمهندس ، أن يرجع على رب العمل بدعوى الإثراء بلا سبب ، لأن هذا الأخير قد أفاد من عمله ، ولا يوجد عقد بينهما فلم يبق إلا الرجوع بدعوى الإثراء^(٢) .

١٥ - التصميم والمقايضة ودفتر الشروط : وعقد المقاولة ، وبخاصة

في عقود المقاولات الكبيرة كقاولات البناء ، يكون مصحوباً عادة بما يأتى :
(١) التصميم (plan) الذى يجرى على مقتضاه العمل . (٢) المقايضة (devis) وهى بيان مفصل للأعمال الواجب القيام بها ، والمواد الواجب استخدامها في هذه الأعمال ، والأجرة الواجب دفعها عن كل عمل ، وأسعار المواد التى ستدخل . (٣) دفتر الشروط (cahier des charges) ويشتمل على شروط المقاولة بالتفصيل ، وكيف يكون التنفيذ ، والمواعيد التى تم فيها الأعمال

(١) مجلس الدولة الفرنسى ١٥ مايو سنة ١٨٩١ دالوز ٩٥ - ٥ - ٦٥٥ - ٨ أبريل سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ٣ - ٧٤ - ٢٥ يناير ١٨٩٥ دالوز ٩٦ - ٣ - ١١ - ٢٥ يوليو سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢ - ٢ - ٥٩ - باريس ٧ مارس سنة ١٩١٢ جازيت دي باليه ١٩١٢ - ٢ - ٢١٠ - بوردو وثقال ٢ بقرة ٣٩٧٦ - محمد لبيب شلب بقرة ٥٧ ص ٧٢ .
(٢) بلابلول وريبير ورواست ١١ بقرة ٩٢١ ص ١٥٧ .

المختلفة ، وغير ذلك من الشروط التي وضعها رب العمل في العقد ويوافق عليها المفاوض بإبرامه عقد المفاوضة .

وليس من الضروري أن توجد كل هذه الوثائق منفصلة بعضها عن الآخر ، بل يجوز ألا يوجد إلا عقد المفاوضة وحده ، يتضمن عناصر العقد ، ويشتمل في الوقت ذاته على بيان الأعمال المطلوب تأديتها بياناً كافياً يغني عن التصميم ، وعلى الأجر الواجب دفعه فلا تكون هناك حاجة لمقايضة منفصلة ، وعلى جميع الشروط الواجب مراعاتها في تنفيذ العقد فيخفى ذلك عن دفتر الشروط .

على أن عقد المفاوضة ، قبل إبرامه ، قد تسبقه مقايضة بتقديمها المفاوض ، وتصميم يتقدم به المهندس . واتفاق رب العمل مع المفاوض على أن يقدم له مقايضة لا يعني أنه ارتبط نهائياً بعقد مقاوله يقوم على هذه المقايضة ، بل يستطيع رب العمل بعد أن تقدم له المقايضة ألا يقبل إبرام عقد المفاوضة ، إما لأن المقايضة لا ترضيه ، وإما لأنه قد عدل عن المشروع الذي كان يعزم تنفيذه ، وإما لغير ذلك من الأسباب^(١) . بل هو لا يكون مسؤولاً عن تعويض المفاوض عما أنفقه من وقت وجهد في عمل المقايضة ما لم يتفق معه على غير ذلك ، إذ المقروض أن المقايضة عمل ابتنائي عهد لإبرام عقد المفاوضة ، دون أن يقيّد رب العمل بإبرام العقد ، ودون أن يكلفه ذلك نفقة إذا رأى ألا يبرم للمفاوضة^(٢) . كذلك إذا اتفق رب العمل مع المهندس على أن يضع له تصميمًا ، فوضع

(١) يبدآن ١٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٠٢ .

(٢) بلانويول ودوبيير ورواست ١١ فقرة ٩٢١ ص ١٥٨ - باريس ٧ مارس سنة ١٩١٢ جازيت دي پاليه ١٩١٢ - ٢ - ٢١٠ ، ويقال في تقرير ذلك إن المفاوض تاجر وإنه يعمل في حساب نفقاته العامة مصروفات المقايضات التي يقدمها ولا تنسب إلى تعاقد ، وهذه النفقات العامة يبرامها في التعاقد مع من يتصادق معه من عماله (السين ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ دالوق ١٩٣٣ - ٢ - ٨٩) . ولكن إذا تصف رب العمل فلم يبرم عقد المفاوضة تعاقدًا ، رجع عليه المفاوض بتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا التصف . كذلك إذا رفض رب العمل التصديق مع المفاوض ، ولكنه استعمل المقايضة أو التصميم الذي تقدمه المفاوض ، فإن هذا الأخير يرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب (دلفو فقرة ١٣٦ ص ١٢٤ وقررة ١٣٧ ص ١٢٤ - ص ١٢٥ - محمد لبيب شنب فقرة ٥٧ ص ٧٣) .

ويلاحظ أنه إذا كان الذي وضع المقايضة مهتمًا ماديًا بالاتفاق مع صاحب العمل ، فإنه يستحق أجرًا عليها سواء أبرم رب العمل المفاوضة أو لم يبرمها (انظر م ٦٦٠ ملف - بلانويول ودوبيير ورواست ١١ فقرة ٩٢٠ ص ١٥٨ - ملزو ٣ فقرة ١٣٤٢ ص ١١١١) .

التصميم لا يقيد رب العمل ولا يلزمه بإبرام عقد المقاولة الذي يقوم على هذا التصميم حتى لو كان التصميم قد أعجبه ، فقد يعدل عن المشروع الذي يعتمد تنفيذه لأي سبب . ولكن التصميم في ذاته عمل فني ذو قيمة ، ويتكلف جهداً ووقتاً . بل إن اتفاق رب العمل مع المهندس على وضع التصميم هو ذاته عقد مقاولة يرد على التصميم ، ويمهد لعقد المقاولة الأصلي^(١) . فإذا عدل رب العمل عن إبرام عقد المقاولة بعد وضع التصميم ، وجب عليه أن يدفع للمهندس أجراً على التصميم الذي وضعه ، وإذا كان هناك اتفاق على هذا الأجر وجب دفع الأجر المتفق عليه ، وإلا وجب تقدير الأجر وفقاً للعرف الجاري . وتقول المادة ١/٦٦٠ و٢ مدني في هذا الصدد : ١١ - يستحق المهندس المعماري أجراً مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المراسمة ، وآخر عن إدارة الأعمال : ٢ - فإن لم يحدد العقد هذه الأجر ، وجب تقديرها وفقاً للعرف الجاري . ١١ - وستعود إلى هذه المسألة فيما يلي

١٦ - التعاقب بطريقة المسابقة : في كل ما قلناه كنا نفرض أن رب العمل تعاقب مع المقاول عن طريق المساومة فاختار مقاولاً يثق في كفايته وعهد إليه في تنفيذ العمل المطلوب . ولكن يقع كثيراً أن يعمد رب العمل إلى إبرام عقد المقاولة عن طريق المسابقة (concours) . والذي يوضع في المسابقة إما أن أن يكون التصميم اللازم للعمل المطلوب ، وإما أن يكون الأجر الذي يتقاضاه المقاول لتنفيذ عمل طبقاً لمواصفات معينة .

ففي الحالة الأولى - وضع التصميم في المسابقة - يدعو رب العمل عن طريق الإعلان في الصحف أو بغير ذلك من طرق الإعلان بكل من يريد الدخول في المسابقة لوضع تصميم للعمل المطلوب ، ويعين هذا العمل تعييناً كافياً . فيعلن مثلاً عن مسابقة لوضع تصميم لبناء عمارة من عشرة أدوار تبني

(١) مجلس الدولة الفرنسي ١٣ أبريل سنة ١٨٨١ دالوز ٨٧ - ٣ - ٨٩ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩١٠ - ٥ - ١٦ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٢ - ٣ - ١١٨ - السين ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٣٣ - ٢ - ٨٩ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ١٠٩ - بلانويول وديير ورواست ١١ فقرة ٩٢١ ص ١٥٨ - مازو ٣ فقرة ١٣٤٢ ص ١١١١ - ص ١١١٢ - محمد لبيب شطب فقرة ٥٧ ص ٧٣ - ص ٧٤ .

على مساحة ألف متر ، ويعين الأرض التي تبني عليها العارة كما يذكر الشروط التي يتطلبها فيها ، أو وضع تصميم لبناء مدرسة أو مسرح أو مستشفى أو مصنع أو غير ذلك من المنشآت . ويعين رب العمل عادة لجنة من المحكمين يوكل إليهم فحص التصميمات المقدمة في المسابقة لاختيار أفضلها ، ويحدد جائزة للفائز من المتسابقين . وقد تكون الجائزة هي التعاقد مع صاحب أفضل تصميم على تنفيذ ، بالشروط التي تكون قد ذكرت في دفتر الشروط^(١) . وقد يحتفظ رب العمل فيذكر في إعلان المسابقة أنه غير ملزم بإبرام عقد مقابلة مع الفائز من المتسابقين ، ولكنه في هذه الحالة يعين جائزة للفائز في المسابقة لمكافأته على جهوده في وضع التصميم^(٢) . والمفروض أن رب العمل ، إذا لم يحتفظ فيبين أنه غير ملزم بالتعاقد مع الفائز ، يكون ملزماً بالتعاقد معه . ويعتبر إعلان المسابقة دعوة إلى التعاقد ولا يعتبر إيجاباً ، والإيجاب هو تقدم المتسابق إلى المسابقة وهو إيجاب معلق على شرط فوزه فيها ، فإذا ما فاز كان هذا إيجاباً باتاً . ووجب أن يتصل به قبول رب العمل . ورب العمل ملزم بالقبول إلا إذا قامت أسباب مشروعة تمنعه من التعاقد ، فعند ذلك يعرض الفائز تعويضاً عادلاً عن جهده ووقته ، هذا إذا لم يكن قد نال جائزة طبقاً لشروط المسابقة^(٣) . أما إذا لم تكن هناك أسباب معقولة لعدم التعاقد ، وامتنع رب العمل عن التعاقد ، فإنه يجب أن يعرض الفائز تعويضاً كاملاً عما أصابه من ضرر بسبب عدم التعاقد معه ، فيتقاضى تعويضاً عن الخسارة التي تحملها وعن الكسب الذي فاته^(٤) . ويجوز أن يكون التعويض عينياً فيعتبر القاضى أن عقد المقابلة قد تم^(٥) ، وعند ذلك إذا لم يتم رب العمل بتنفيذ التزاماته سرت أحكام المادة ٦٦٣ مدني ، فيعوض المفاوض عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه

(١) بلانويك توبيير ورواست ١١ فقرة ٩٢٢ .

(٢) بودرى وقال ٢ فقرة ٣٨٨٤ - أنيكلويدى دالوز ٣ لفظ *Louage d'ouv.* et d'ind. ٣٣ فقرة .

(٣) بودرى وقال ٢ فقرة ٣٨٨٣ .

(٤) أما غير الفائز من المتسابقين فلا يستحق تعويضاً (استئناف غنط ١٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٠٢) .

(٥) محمد لبيب شنب فقرة ٥٨ ص ٧٥ .

من الأعمال في وضع التصميم وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل الذي وضع التصميم من أجله .

وفي الحالة الثانية - وضع الأجر في المسابقة - يكون ذلك عن طريق المناقصة طبقاً لمواصفات وضمائم تدرج عادة في دفتر الشروط . والمناقصة إما أن تكون مناقصة علنية (adjudication aux enchères publiques) ، يتقدم فيها المتسابقون وترسو المناقصة على من يقدم علناً أقل عطاء مع إعطاء التأمينات الكافية . والتقدم إلى المناقصة بعطاء يعتبر إيجاباً^(١) ، وإدساء المناقصة على من قدم أقل عطاء يعتبر هو القبول ، فيتم عقد المفاوضة برسو المناقصة (م ٩٩ مدني) . وإما أن تكون المناقصة عن طريق تقديم عطاءات (soumissions) في مظاريـف مخترمة (enveloppes cachetées) ، وفي اليوم المحدد تفتح هذه المظاريف وترسو المناقصة على من قدم أقل عطاء^(٢) مع تقديمه التأمينات الكافية طبقاً لدفتر الشروط^(٣) . وقد يحتفظ رب العمل بالحق في ألا يلتزم بالتعاقد مع صاحب أقل عطاء أو مع صاحب أى عطاء تقدم للمسابقة . وعند ذلك لا يكون ملزماً بالتعاقد مع من رست عليه المناقصة أو مع غيره من المتسابقين^(٤) . فإذا لم

(١) ومن وقت تقديم العطاء لا يستطيع رب العمل أن يغير من شروط المناقصة ، كأن يمين حلاً حداً أقصى للأجر . والمتقدم بالعطاء قبل تعيين الحد الأقصى يعتبر فائزاً إذا كان عطاءه هو أقل العطاءات ، ولو كان يزيد على الحد الأقصى (السين ١٢ فبراير سنة ١٩٠٧ - جازيت دي تريبيون ٣ أكتوبر سنة ١٩٠٧ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٣٤) . وقد يجد رب العمل من مصلحته أن يمين حداً أدنى للأجر حتى يضمن جدية العطاءات ، ولا يستطيع أن يبيع هذا الحد الأدنى قبل تقديم العطاءات إذ لو أذاعه لفقد مفعوله كما لا يخفى ، ومن ثم إذا تقدم شخص بعطاء دون هذا الحد الأدنى فلم ترسل عليه المناقصة لم يكن له حق في الرجوع بشيء على رب العمل (محكمة صالح باريس ٦ مايو سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعي ١٩٢٧ - ٤١٢ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٣٥) .

(٢) وإذا لم يمين رب العمل حداً أقصى للأجر الذي يجوز أن ترسو به المناقصة ، لم يجوز أن يرفض أقل عطاء مهما كان مرتفعاً (يودى وغال ٢ فقرة ٣٨٨٤ ص ١٠٨٠) .

(٣) مجلس الدولة الفرنسي أول يونيو سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ - ٥ - ٦٤٥ - ١٠ يوليو سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٤ - ٥ - ٦٨٩ - ١٥ يناير سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ٢ - ٧١ - ٥ فبراير سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩٠٩ - ٢ - ٥٩ - بلاتويل وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٢ - محمد ليب شنب فقرة ٥٩ .

(٤) باريس ١٥ يناير سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ٢ - ٧١ - بلاتويل وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٢ - محمد ليب شنب فقرة ٥٩ ص ٧٦ .

محفظ بهذا الحق ، وجب عليه إرساء المناقصة على من تقدم بأقل عطاء ، وهذا هو القبول كما قدمنا . فإن لم يفعل أئزم بتعويض الفائز تعويضاً كاملاً^(١) ، أو جاز الحكم بإرساء المناقصة على هذا الفائز على سبيل التعويض العيني ، وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام في مسابقة التصميم .

١٧ — **إثباتات** : وعقد المناقولة ينخفض للقواعد العامة المقررة في الإثبات . فيجوز إثباته بجميع الطرق ، ومنها البينة والقرائن ، إذا لم تزد قيمة الأجر على عشرة جنيهات ، وإلا وجب إثباته بالكتابة أو بما يقوم مقامها^(٢) .

وقد يجري العرف بعلم الإثبات بالكتابة ، كما هي الحال في العقد ما بين الطبيب والمريض^(٣) .

وقد ثبت العقد بالإقرار ، والإقرار لا يتجزأ طبقاً للقواعد العامة . فلذا

(١) بودى وقال ٢ فقرة ٣٨٨٣ .

(٢) جبرار ٢ فقرة ٧٧٩ وفقرة ٨١٥ - بودى وقال ٢ فقرة ٣٨٨٦ - مازو ٣ فقرة ١٣٤٥ ص ١١١١ - فيجوز إثبات المناقولة ، إذا وجد مبدأ بثبوت بالكتابة ، بالبينة أو بالقرائن . وقد قضى بأن الكتاب الموقع من رب العمل إلى المجلس البلدى يطلب أرض لازمة لإقامة بناء عليها ، ويشير فيه رب العمل إلى أنه كلف مهتماً مهارباً بوضع التصميم ، يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يميز المهتمس إثبات الصفاة مع رب العمل بالبينة والقرائن (الجزائر ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٤ - ٢ - ٥٠٤) . أما إذا لم يوقع رب العمل هذا الكتاب ، فلا يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة (السين ١٩ أكتوبر سنة ١٩٥٩ دالوز ١٩٦٠ - ٢٠ - وانظر محمد ليب شب فقرة ٦٤ ص ٨٢ - ص ٨٣) .

وكذلك تسرى القواعد العامة في إثبات الوفاء بالأجر أو بقسط منه (أنسيكلوبي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٣٦ .

(٣) بلانويول وديريز ورواست ١١ فقرة ٩٢١ ص ١٥٧ - ويعتبر عرف ماجرى به بعض المهن من قبيل الموانع الأدبية التي يميز الإثبات بالبينة والقرائن (الوسيط ٢ فقرة ٢٣٩ ص ٤٦٥) . فيجوز لطبيب أن يثبت المقدد بينه وبين المريض بالبينة والقرائن وبمحلات الطبيب ولو كانت غير منتظمة ، ولو زاد الأجر على عشرة جنيهات (استئناف غخطط ٢٨ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٢٦ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٩٩ - باديس ٥ مايو سنة ١٩٠٣ سيرييه ١٩٠٤ - ٢ - ٣٢) . وجرى العرف في مقاولات الحياكة ألا توضع كتابة حل السيل أو حل المالك ، تسرى القواعد المتقدمة (استئناف غخطط ٣ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٣٨) . وقد تقوم القرابة مانعاً أدبياً ، ككلهنس يتصادق مع أحد أقربائه لومع زوجه ، أما قيام علاقة لصداقة بين أسرة المهتمس والعرف لا يعرف فلا يعتبر مانعاً أدبياً (كولمار ٢١ فبراير سنة ١٩٢٩ دالوز ١٩٢٩ - ٢٧٥ - محمد ليب شب فقرة ٦٤ ص ٨٤) .

أقر رب العمل بعقد المقاولة ، وذكر في إقراره أنه دفع الأجر ، فإنه لا يصبح أن يجزأ إقراره عليه ، وعلى الما قول أن يثبت أن الأجر لم يدفع^(١) .

أما إثبات أن الما قول قد قام بأعمال لمصلحة شخص دون أن يكون هناك عقد مقاولة ، فهذا أمر يتعلق بواقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ومنها البيئة والقرائن ، مهما بلغت قيمة هذه الأعمال^(٢) .

وهناك حالة لا يجوز فيها الإثبات إلا بالكتابة ، وهى حالة ما إذا أبرم العقد بأجر إحمالى على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل ، فليس للما قول أن يطالب بأية زيادة فى الأجر ولو حدث فى هذا التصميم تعديل أو إضافة ، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذوناً به منه واتفق مع الما قول على أجره ، ولا يجوز أن يثبت هذا الاتفاق إلا بالكتابة مالم يكن العقد الأصل ذاته قد اتفق عليه مشافهة (م ٦٥٨م مدنى) . وسأى بيان ذلك فيما يلى^(٣) .

وإذا كان عقد المقاولة تجارياً ، فإنه يجوز طبقاً للقواعد العامة المقررة فى هذا الشأن إثباته بجميع الطرق ومنها البيئة والقرائن ، ولو زادت قيمة الأجر على عشرة جنيهات . وننتقل إلى بيان متى يكون عقد المقاولة مدنياً ومتى يكون تجارياً .

١٨ — متى يكون عقد المقاولة مدنياً ومتى يكونه تجارياً : هنا يجب التمييز بين عقد المقاولة من جانب رب العمل وهذا العقد من جانب الما قول . فعقد المقاولة من جانب رب العمل يكون فى العادة عقداً مدنياً^(٤) . ذلك أن رب العمل يكون غالباً غير تاجر . فإذا تعاقد شخص مع تاجر لصنع أثاث ، أو مع حائك لصنع ثوب ، أو مع ماقول لبناء منزل^(٥) ، فالعقد

(١) بودى وقال ٢ [قرة ٣٨٨٨ — أنيكوليدى مالوز ٢ لفظ *Louage d'ouv.* et d'ind. قرة ٣٨ .

(٢) بودى وقال ٢ . قرة ٣٨٨٧ .

(٣) انظر قرة ٩٩ وما بعدها .

(٤) نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٦ ص ١٦٤ .

(٥) جوار ٢ قرة ٨١٦ وقرة ٨٣١ — هيك ١٠ قرة ٤١٨ — ليون كان وريتر ١

قرة ١٣٧ مكررة — تالير قرة ١٨ — بودى وقال ٢ قرة ٤٠١٨ . وقد نقض محكمة النقض =

مدنى بالنسبة إلى رب العمل ، سواء ورد المادة من عنده أو وردها المقاول : وإذا تعاقد شخص مع طبيب لعلاج ، أو مع محام للدفاع عنه في قضية ، أو مع مهندس لوضع تصميم ، أو مع محاسب لمراجعة حساباته ، فالعقد أيضاً بالنسبة إلى رب العمل مدنى . وإذا كان رب العمل تاجراً ولكن المقاول لم تتعلق بشوئ تجارته ، كأن تعاقد مع نجار أو حائك أو مقاول على صنع أثاث أو ثوب أو بناء منزل ولكن الحاجاته الخاصة لا لأعمال تجارته ، أو تعاقد مع طبيب لعلاج أو مع محام للدفاع عنه في قضية مدنية خاصة به ، فالعقد يكون هنا أيضاً مدنياً بالنسبة إليه بالرغم من أنه تاجر . فإذا كان رب العمل التاجر أبرم المقاول متعلقة بشأن من شؤونه تجارته ، كأن تعاقد مع مقاول لبناء مصنع له أو لترميم محل تجارته أو لإصلاح آلة يستعملها في صناعته ، أو نشر إعلانات تجارياً^(١) ، فإن عقد المقاول يكون بالنسبة إليه في هذه الحالة عقداً تجارياً طبقاً لنظرية التبعية لأعمال التجارة^(٢) . ويترتب على أن يكون عقد المقاول تجارياً أنه يجوز إثباته عليه بجميع طرق الإثبات حتى لو كانت قيمة الأجر أكثر من عشرة جنيهات ، وأن القضية التي ترفع ضده في شأن هذا العقد ترفع أمام المحاكم التجارية .

وعقد المقاول من جانب المقاول يكون تارة مدنياً وتارة تجارياً . فهو مدنى إذا لم يعتبر عملاً من أعمال التجارة . وأعمال المهن الحرة تعتبر أعمالاً

ـ بأنه لا يجوز لمقاول بناء أن يثبت بالبينه على صاحب العمل المتعاقد معه أنه أخذ في إجراء أعمال زائدة على المتفق عليه في عقد المقاول ، لأن المقاول لا تعتبر عملاً تجارياً بالنسبة إلى صاحب البناء حتى يباح الإثبات بهذا الطريق (نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٦ ش ١٦٤ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) .

(١) أو كان رب العمل تاجراً يبيع الأثاث مثلاً ، فتعاقد مع مقاول على صنع أثاث لبيعه ، وإن عقد المقاول يكون تجارياً حتى بالنسبة إلى رب العمل (يودى وقال ٢ فقرة ٤١٠٩ ص ١١٨٥) .

(٢) جيوار ٢ فقرة ٨١٥ - هك ١٠ فقرة ٤١٨ - ليون كان ووينو ١ فقرة ١٧١ - تاير ٥٥ فقرة ٢ - يودى وقال ٢ فقرة ٤٠١٨ - محمد صالح في القانون التجارى طبعه سابعة سنة ١٩٤٩ ١ فقرة ٣٦ - محمد لبيب شنب فقرة ٤١ ص ٥٣ - ولكن إذا تعاقد شخص مع مقاول على إقامة بناء وهو ينوى بعد أن يتم البناء أن يبيعه ابتغاء الكسب ، فإن العقد لا يكون تجارياً بالنسبة إلى رب العمل ، لأن التماثل في المقارنات لا يعتبر عملاً من أعمال التجارة (يودى وقال ٢ فقرة ٤٠١٨ - عكس ذلك جيوار ٢ فقرة ٨١٥) .

مدنية^(١) ، فالطبيب إذا تعاقد مع المريض لعلاج ، والحائى إذا تعاقد مع عمله للدفاع عنه ، والمهندس إذا تعاقد مع شخص لوضع تصميم يريده هذا الأخير ، والرسام أو النحات إذا تعاقد مع عميل لعمل صورة أو لصنع تمثال ، فالعقد فى جميع هذه الأحوال يكون عقداً مدنياً حتى من جانب المقاول وهو صاحب المهنة الحرة ، وقد رأينا أنه يعتبر أيضاً مدنياً من جانب رب العمل^(٢) . على أن صاحب المهنة الحرة قد يقوم بأعمال تجارية تستغرق كثيراً من نشاطه ، كالمهندس يضع التصميم والمقايضة ويشرف على العمل يقوم هو نفسه بأعمال البناء فيورد المزايد والآلات ويقدم العمال اللازمين ، فى مثل هذه الحالة لا يتجزأ العقد ، ويعتبر تجارياً بالنسبة إلى المهندس^(٣) . ويكون عقد المقاوله تجارياً بالنسبة إلى المقاول إذا اعتبر عملاً من أعمال التجارة . فالنجار أو الحائك إذا تعاقد على صنع أثاث أو ثوب ، سواء ورد المادة من عنده أو لم يوردها ، هو تاجر يقوم بعمل من أعمال التجارة ، والعقد الذى يبرمه يكون عقداً تجارياً بالنسبة إليه^(٤) . وصاحب الخلع يخلع القطن ، وصاحب المعصر يعصر البصرة ، وصاحب المطحن يطحن الحبوب ، وصاحب المصنع يصلح السيارة ، وصاحب المصبغة يصبغ الملابس ، كل هؤلاء تجار يقومون بأعمال تجارية ، والعقود التى يبرمونها فى هذا الشأن تعتبر عقوداً تجارية بالنسبة إليهم^(٥) . وأصحاب دور

-
- (١) حتى لو كان أصحاب المهن الحرة يقومون بأعمالهم على سبيل التكرار وبمعاونة سامعين مأجورين ، ذلك لأن الأعمال الحرة تعتمد على الفكر وتقوم على الثقة الشخصية ، ومن ثم فقصد الربح من هذه الأعمال ليس هو المنصر القالب (جان سالفاتيه رسالته فى المهن الحرة ص ١٨٩ - أكرم أمين الحولى الوسيط فى القانون التجارى طبعة سنة ١٩٥٦ فقرة ١١٤ ص ١٢٩ - محمد لييب شطب فقرة ٤١ ص ٥٤) .
- (٢) إلا إذا كان رب العمل استأجر التجارة ، وقصد إعادة بيع النتائج التى كلوح التصوير والتأثيل (محسن شفيق فى القانون التجارى طبعة ثالثة سنة ١٩٥٧ جزء أول فقرة ٥١ ص ٥٥ - محمد لييب شطب فقرة ٤١ ص ٥٤) .
- (٣) جان سالفاتيه رسالته فى المهن الحرة ص ١٩١ - محمد لييب شطب فقرة ٤١ ص ٥٤ - ص ٥٥ .
- (٤) محمد صالح فى القانون التجارى طبعة سابعة سنة ١٩٤٩ فقرة ٥٥ ص ٥٥ - محسن شفيق فى القانون التجارى طبعة ثالثة سنة ١٩٥٧ جزء أول فقرة ٧٩ ص ٧٨ - محمد لييب شطب فقرة ٤٢ ص ٥٥ .
- (٥) مصطفى كمال طه فى القانون التجارى طبعة ثالثة سنة ١٩٥٦ جزء أول فقرة ٧٣ ص ١٠٤ - محمد لييب شطب فقرة ٤٢ ص ٥٥ .

سما والمسارح وقاعات الموسيقى والرقص ، كل هؤلاء عندما يتعاقدون مع عملائهم يرمون عقود معاولة تعتبر عقوداً تجارية بالنسبة إليهم ، وهي عقود مدنية بالنسبة إلى العملاء^(١) . والمقاول عندما يتعاقد مع رب العمل على إقامة بناء أو مصنع ، أو على ترميم منزل ، أو على إنشاء طريق أو جسر ، أو على حفر ترعة ، أو مصرف ، أو على مد سكة حديدية ، أو نحو ذلك من أعمال الإنشاءات ، يقوم بعمل من أعمال التجارة ويعتبر العقد بالنسبة إليه عقداً تجارياً وذلك سواء ورد المواد من عنده أو وردها رب العمل^(٢) . ويترتب على أن العقد يكون تجارياً بالنسبة إلى المقاول أنه يجوز إثباته عليه بجميع الطرق ولو كانت القيمة تزيد على عشرة جنيهات ، وأنه إذا رفعت قضية ضده في شأن هذا العقد كانت القضية من اختصاص المحاكم التجارية^(٣) .

المبحث الثاني

شروط الصحة

١٩ - الأهلية وعيوب الإدارة : شروط صحة المعاولة هي شروط

(١) استئناف مخطوط ١٠ مايو سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ٢٧٦ - مصطلح كال طه في القانون التجاري طبعه ثمانية سنة ١٩٥٦ جزء أول فقرة ٧٩ ص ١١٤ - أكرم أمين الخول في القانون التجاري سنة ١٩٥٦ فقرة ١٠٢ ص ١١٠ - محمد لييب شطب فقرة ٤٢ ص ٥٦ .
(٢) الزقاق ٢٣ مايو سنة ١٩٢٩ المحل ١١ رقم ٩٨ ص ١٦٦ - طحطا ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحل ٢٠ رقم ٤٩٦ ص ١١٧ - نقض فرنسي ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٦ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ٢٤٦ - مصطلح كال طه في القانون التجاري طبعه ثمانية سنة ١٩٥٦ جزء أول فقرة ٨٠ ص ١١٦ - أكرم أمين الخول في القانون التجاري سنة ١٩٥٦ فقرة ٩٨ ص ١٠٤ - محمد لييب شطب فقرة ٤٢ ص ٥٦ - انظر عكس ذلك وأن العقد يكون مدنياً إذا لم يورد المقاول مواد البناء من عنده يوردي وقال ٢ فقرة ٤١٠٩ ص ٩١٥ - محسن شفيق في القانون التجاري طبعه ثلاثة سنة ١٩٥٧ جزء أول فقرة ٨٢ ص ٨٣ .

(٣) هذا من ناحية الاختصاص النوعي . والمعاولة - سواء كانت عقداً تجارياً أو عقداً مدنياً - تكون من ناحية الاختصاص المحل من اختصاص المحكمة التي في دائرتها أيرت المحكمة أو نقلت متى كان فيها موطن المدين ، كما تكون من اختصاص المحكمة التي في دائرتها موطن المدين عليه . وتنص المادة ٦٣ مرامات على أنه « في المنازعات المتعلقة بالتوريدات والأشغال وأجور المساكن وأجور العمال والصناع ، يكون الاختصاص للمحكمة التي في دائرتها ثم الاتفاق أو نقل متى كان فيها موطن أحد الخصوم » .

صححة أى عقد آخر : توافر الأهلية الواجبة وسلامة الراضى من عيوب الإرادة : فإذا كان الراضى صادراً من ناقص الأهلية أو كان معيباً يعيب من عيوب الإرادة ، كانت المفاوضة قابلة للإبطال ، فإذا أبطلت اعتبرت كأن لم تكن ، ويصنف المركز بين رب العمل والمفاوض طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب .
ونتكلم في المسألتين اللتين تتضمنهما شروط الصحة : (١) الأهلية في المفاوضة . (٢) عيوب الرضاء في المفاوضة .

المطلب الأول

الأهلية في المفاوضة

٢٠ - المفاوضة من عقود التصرف أو هي في حكمها : المفاوضة عقد يلزم رب العمل بدفع الأجر ، فهي من هذه الناحية من عقود التصرف . وهي تلزم المفاوض بتقديم عمله وتقديم المادة التي يستخدمها أو بتقديم غلته فقط ، وهي حتى في هذه الحالة الأخيرة تكون في حكم عقود التصرف . ونستعرض ذلك من ناحية أهلية رب العمل ، ثم من ناحية أهلية المفاوض .

٢١ - أهلية رب العمل : رب العمل يلزم بدفع الأجرة ، فتكون المفاوضة بالنسبة إليه من أعمال التصرف . فيجب إذن أن يتوافر رب العمل على أهلية التصرف ، أى يجب أن يكون قد بلغ سن الرشد غير محكوم باستمرار الولاية عليه . فالقاصر أو المحجور لفسه أو غفلة ، ولو كان مأذوناً له في الإدارة ، ليس أهلاً لإبرام عقد المفاوضة بصفته رب عمل ، وإذا أبرم العقد كانت المفاوضة قابلة للإبطال لمصلحته . ولا يملك نائب القاصر أو المحجور أن يعقد المفاوضة باسم القاصر أو المحجور لأنها من أعمال التصرف كما قدمنا ، وإذا أراد أن يستغل مال القاصر في بناء عمارة مثلاً وجب أن يحصل على إذن من المحكمة في ذلك .

ولكن قد تكون المفاوضة من جانب رب العمل من أعمال الإدارة ، كما رأينا في الاستئجار من جانب المستأجر^(١) : فالعقد الذى يبرمه رب العمل مع المفاوض لترميم منزله^(٢) ، والعقد الذى يبرمه مع نجار

(١) الوسيط ٦ فقرة ٨٧ .

(٢) بودرى وقال ٢ فقرة ٣٨٩١ - محمد ليب شنب فقرة ٦٢ ص ٨١ .

أو حائك لصنع الأثاث الضروري لسكنه أو لصنع ثوب يلبسه ، كل هذه العقود تعتبر من أعمال الإدارة ، ويكفي فيها أن يتوافر رب العمل على أهلية الإدارة . ومن ثم يجوز للقاصر أو المحجور لسفه أو غفلة المأذون له في الإدارة أن يبرم عقد المفاوضة في هذه الأعمال بصفته رب عمل ، كما يجوز ذلك لثائب القاصر أو المحجور دون حاجة للحصول على إذن . وهذا هو أيضاً حكم الترميمات الكبيرة إذا كانت ضرورية لحفظ الشيء^(١).

ولكن صنع شيء جديد أو إقامة بناء أو إدخال تحسينات عليه لا تكون من قبيل الترميمات الضرورية ، كل هذا لا يعتبر من أعمال الإدارة بل هو من أعمال التصرف ، فلا يملكه إلا البالغ الرشيد ، ولا يملكه القاصر أو المحجور ، وكذلك لا يملكه ثائب القاصر أو المحجور إلا بعد الحصول على إذن^(٢) كما سبق القول .

٢٢ - أهلية المفاوضة : والمفاوضة من جانب المفاوض تعتبر أيضاً في حكم أعمال التصرف ، فهو إذا ألزم بتقديم المادة مع العمل ، فإنه يتصرف في المادة ويكون بمثابة البائع لها . وحى لو ألزم بتقديم العمل وحده دون المادة ، فهو مضارب بعمله معرض للربح والخسارة ، وقد يصبح مسئولاً بتوجب عقد المفاوضة عن تعويض رب العمل عما يلحقه به من أضرار . فتعاقدته إذن يلزم بين النفع والضرر . ومن ثم يجب في الأصل أن تتوافر في المفاوض ، هو أيضاً ، أهلية التصرف بأن يكون بالغاً رشيداً . فإذا كان قاصراً أو محجوراً لسفه أو غفلة ، ولو كان مأذوناً له في الإدارة ، لم يجز له أن يبرم عقد مفاوضة ، وإذا فعل كان العقد قابلاً للإبطال لمصاحته^(٣) .

على أنه إذا كان المفاوض صانعاً صغيراً ، نجاراً أو حداداً أو سباكاً أو نحو ذلك ، فيمكن القول إنه يستطيع أن يكسب عيشه من صناعته حتى لو كان

(٣) يودرى وقال ٢ فقرة ٢٨٩٢ .

(٤) محمد لبيب شنب فقرة ٦٣ ص ٨٢ .

(٥) انظر في هذا المثل محمد لبيب شنب فقرة ٦٢ - وتنص المادة ٦٢٦ من تقنين الموجبات والعقود البتة على ما يأتي : « ولا يكون هذا التراضي صحيحاً إلا إذا كان المتعاقدون أهلاً للالتزام . أما المحجور والقاصر فهما أن يسلا تحت إشراف الذين وضعا تحت ولايتهم أو أن يحصل على إجازة منهم » .

قاصراً ، فيكون أهلاً لإبرام عقود المقاولة المألوفة الداخلة في صناعته^(١).
ويقرب من الأهلية الواجب توافرها في الما قول^(٢) ما جاء في قرار رئيس
الجمهورية رقم ١٢٠٣ لسنة ١٩٦١ الصادر في ٢٠ يولييه سنة ١٩٦١ والمعدل
بقرار صدر في سنة ١٩٦٢ . فقد نصت المادة الأولى من هذا القرار على
أنه « لا يجوز إلا بقرار من رئيس الجمهورية للحكومة والمؤسسات العامة
والشركات التي تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥٪ من رأس
المال ، أن تعهد بأعمال المقاولات والأشغال العامة إلا إلى الشركات التي
تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن ٥٠٪ من رأس المال .
ولا يسرى هذا الحظر بالنسبة للأعمال التي لا تزيد قيمتها على ١٠٠٠٠٠ جنية
(كانت القيمة ٣٠٠٠٠ جنية قبل تعديل سنة ١٩٦٢) بشرط عدم تجزئة
العمليات ، وعلى ألا يزيد مجموع ما يعهد به من هذه العمليات إلى مقاو واحد
في السنة على ما قيمته ١٠٠٠٠٠ جنية (كانت القيمة ٣٠٠٠٠ جنية قبل تعديل
سنة ١٩٦٢) سواء جهد إليه بها من جهة واحدة أو أكثر من الجهات المذكورة
في الفقرة الأولى » .

(١) ويقاس عقد المقاولة على عقد العمل الذي ورد في شأنه نص صريح ، إذ تنفي المادة ٦٢
من قانون الولاية على المال بأن « لقاصر أن يبرم عقد العمل الفردي وفقاً لأحكام القانون ، والمحكمة
بناء على طلب الوصي أو ذي شأن إنهاء العقد رعاية المصلحة للقاصر أو مستقبله أو مصلحة أخرى .
ظاهرة » . والأجر الذي يتقاضاه القاصر ، يكون هذا أهلاً للتصرف فيه إذا بلغ السادسة عشرة ،
تطبيقاً لأحكام المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال ، وهي تنص على أن « يكون القاصر الذي
بلغ السادسة عشرة أهلاً للتصرف فيما يكتسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر
الزام القاصر حدود المال الذي يكتسبه من مهنته أو صناعته . ومع ذلك فالمحكمة إذا اقتضت
المصلحة أن تقيد حق القاصر في التصرف في ماله المذكور ، وعندئذ تجري أحكام الولاية
والوصاية » . وحتى لو لم يبلغ القاصر السادسة عشرة ، ينحصر له من أجرة ما يلزم لأغراض
نفقته ولو كان الأجر كله ، فيكون له أهلية للتصرف فيه تطبيقاً لأحكام المادة ٦١ من قانون
الولاية على المال ، وهي تنص على أن « لقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له لأو يوضع تحت تصرفه
عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط » .
(٢) وإن كان ليس من أهلية الأداء ولا من أهلية الوجوب (قانون محمد لبيب شنب
فقرة ٦٠ ص ٧٨ و ص ٧٩) ، بل هو منع من التماثل بموجب نص تشريعي ، كمنع عمان القضاء
من شراء الموقوف المتنازع عليها ومنع المريض مرض الموت من بيع ماله إلا في حدود معينة (انظر
في هذا المعنى الوسيط ١ فقرة ١٤٧) .

ويؤخذ من هذا النص أن هناك مقاولات وأشغالا عامة إذا توافرت فيها شروط معينة لا يجوز أن يكون مقاولا فيها إلا الشركات التي تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن ٥٠٪ من رأس مالها . فالأفراد والشركات الخاصة والشركات التي تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة تقل عن ٥٠٪ من رأس مالها ، كل هؤلاء - ويمكن تسميتهم بمقاولي القطاع الخاص - ممنوعون من أن يدخلوا مقاولين في مقاولات أو أشغال عامة للحكومة أو للمؤسسات العامة أو للشركات التي تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥٪ من رأس المال إلا بقرار من رئيس الجمهورية .

بقي استعراض الشروط الواجب توافرها في المقاولات حتى يقوم هذا المنع ، وهى شرطان : (١) شرط يرجع إلى رب العمل ، وهو أن يكون رب العمل في هذه المقاولات هو الحكومة أو المؤسسات العامة أو الشركات التي تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥٪ من رأس المال . فهذه مقاولات للمصلحة العامة دخل ظاهر فيها ، إذ هى مقاولات للحكومة أو لشخص معنوى عام أو في القليل لشركة تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة كبيرة تبلغ ٢٥٪ من رأس المال على الأقل . (٢) وشرط يرجع إلى قيمة المقاوله ، وهو أن تكون هذه القيمة تزيد على ١٠٠٠٠٠ جنية . فإذا كانت المقاوله لا تزيد على ١٠٠٠٠٠ جنية فالمنع لا يقوم ، ويستطيع مقاولو القطاع الخاص أن يدخلوا مقاولين فيها دون قرار من رئيس الجمهورية . وكذلك لا يقوم المنع لو أن المقاوله تزيد على ١٠٠٠٠٠ جنية ولكنها مقاوله لا يكون رب العمل فيها هو الحكومة أو مؤسسة عامة أو شركة مختلطة (للحكومة أو لمؤسسة عامة ٢٥٪ من أسهمها) ، وإنما يقوم المنع إذا اجتمع الشرطان معا كما سبق القول . ويلاحظ بالنسبة إلى القيمة أمران : (الأمر الأول) أن تكون قيمة المقاوله جميعها حتى لا يقوم المنع لا تزيد على ١٠٠٠٠٠ جنية ، فإن زادت قام المنع حتى لو جزئت المقاوله إلى أجزاء لا تزيد قيمة كل جزء منها على ١٠٠٠٠٠ جنية وعهد بها جميعاً إلى مقاول واحد ، فإن ذلك يكون تحايلا على القانون ، وتكون العبرة بمجموع قيمة المقاوله لا بقيمة كل جزء منها ، فيقوم المنع . (الأمر الثانى) ألا يزيد مجموع ما يعهد به إلى المقاول من مقاولات في السنة الواحدة ، حتى لا يقوم المنع ، على ما قيمته ١٠٠٠٠٠ جنية ، سواء

عهد إليه بهامن جهة واحدة كالحكومة أو من أكثر من جهة كالحكومة ومؤسسة عامة وشركة مختلطة . فإن دخل مقاول من القطاع الخاص مقاولاً في مقاولتين للحكومة ، أو في مقابلة للحكومة ومقابلة لمؤسسة عامة ، أو في مقاولتين لمؤسسة عامة ، أو في مقاولتين لشركة مختلطة ، أو في أكثر من مقاولتين لجهة أو أكثر من هذه الجهات ، بحيث يزيد مجموع قيم هذه المقاولات على ١٠٠٠٠٠ جنيه ، قام المنع ، ووجب الحصول على قرار من رئيس الجمهورية . وفي حساب مجموع هذه المقاولات ، تدخل كل مقابلة بداهة بجميع أجزائها إذا كانت قد جرت . فإذا حصل مقاول القطاع الخاص على مقابلة من الحكومة مجزأة على جزئين كل جزء منها قيمته ٥٠٠٠٠ جنيه فيكون مجموع قيمة المقابلة ١٠٠٠٠٠ جنيه^(١) ، وحصل في السنة نفسها على مقابلة من شركة مختلطة قيمتها ٢٠٠٠٠ جنيه ، قام المنع ، لأن مجموع قيم هاتين المقاولتين يزيد على ١٠٠٠٠٠ جنيه . ولكن يجوز أن يهد إلى مقاول القطاع الخاص بمقابلة قيمتها ١٠٠٠٠٠ جنيه ولا يشترط في السنة التي حصل فيها عليها ، ثم يهد إليه في السنة التالية بمقابلة أخرى قيمتها ١٠٠ ٠٠٠ جنيه ، فينفذ في هذه السنة التالية عمليات تزيد قيمتها على ١٠٠ ٠٠٠ جنيه ، المقابلة الجديدة وبقية المقابلة القديمة . إذ المخطور هو أن يرم المقاول في السنة الواحدة مقاولات تزيد قيمتها على ١٠٠ ٠٠٠ جنيه ، لا أن ينفذ مقاولات تزيد على هذه القيمة^(٢) .

والمنع ليس مطلقاً ، إذ يزول بالحصول على قرار من رئيس الجمهورية . فإذا لم يحصل المقاول على هذا القرار ، كانت المقابلة التي زادت بها قيمة المقاولات على ١٠٠ ٠٠٠ جنيه باطلة بطلاناً مطلقاً لها لغيرها للقانون . فإذا عهد إلى مقاول القطاع الخاص بمقابلة قيمتها ٧٠ ٠٠٠ جنيه ، ثم عهد إليه في السنة نفسها بمقابلة قيمتها ٥٠ ٠٠٠ جنيه ، كانت المقابلة الثانية دون الأولى هي الباطلة .

(١) ويمكن أن يهد إليه بالجزئين في نفس السنة ، حتى لو أنه كان ينفذ كل جزء في سنة على حدة .

(٢) انظر في هذا المعنى محمد لبيب شنب فقرة ٦٠ ص ٧٩ .

المطلب الثاني

عيوب الرضاء في المقاولة

٢٣ - تطبيق الفواعل العامة : يكون الرضاء في عقد المقاولة معيباً إذا شابه غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . وليس في ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة ، وعقد المقاولة شأنه شأن سائر العقود في عيوب الرضاء .
على أن الغلط في عقد المقاولة له تطبيقات عملية لا تخلو من الأهمية ، لاسيما الغلط في شخص الماقل أو الغلط في الحساب .

٢٤ - الغلط في شخص الماقل : الأصل أن الغلط في شخص الماقل لا تأثير له في صحة العقد . ولكن قد يكون شخص الماقل ملحوظاً ومحل اعتبار عند رب العمل . ويقع ذلك عادة في عقود المهن الحرة ، فالتعاقد مع طبيب أو محام أو مهندس معاري أو محاسب أو رسام إنما اعتبرت فيه شخصية هؤلاء . وفي غير المهن الحرة قد يكون لشخصية الماقل اعتبار في التعاقد ، ففي مقاولات الإنشاءات الكبيرة مثلاً يتوخى رب العمل مقاولاً موثقاً به يعتمد على كفايته وأمانته . وقد أشارت نصوص القانون إلى حالات تكون فيها شخصية الماقل محل اعتبار ، فنصت المادة ١/٦٦١ مدني على أن « يجوز للمقاقل أن يكل تنفيذ العمل في حملته أو في جزء منه إلى مقاقل من الباطن ، إذا لم يمنعه ذلك شرط في العقد ، أولم تكن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفايته الشخصية » . ونصت المادة ٦٦٦ مدني في صلبها على أن « ينقضي عقد المقاولة بموت الماقل إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في العقد » .

ففي الحالات التي يكون فيها شخص الماقل محل اعتبار في العقد ، يكون الغلط فيه سبباً لقبالية عقد المقاولة للإبطال . فإذا تعاقد المريض مع جراح متوهم أنه جراح معين بالذات ، فظهر أنه غلط في شخصه وأنه جراح آخر ، كان من حق المريض أن يطلب إبطال عقد المقاولة للغلط .

٢٥ - الغلط في الحساب وغلطات القلم : تنص المادة ١٢٣ مدني على أنه « لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط » .

فالغلط في الحساب يقع في بعض الأحيان عقد المقابلة . ففي المقابلة التي يقدمها المقاول وهي تشتمل على تفصيل المواد وأجزاء العمل والأسعار كما قدمنا ، قد يغلط المقاول في حساب بعض من ذلك ، كأن يذكر مثلاً سعر المتر المكعب في إحدى عمليات البناء وعدد الأمتار المكعبة ، وعندما يضرب سعر المتر في عدد الأمتار يغلط في الحساب إلى أعلى لمصطلحه أو إلى أدنى لمصلحة رب العمل . ففي الحالتين تكون المقابلة صحيحة ، وإنما يصحح الحساب ، فيخفض أو يرفع إلى الرقم الصحيح .

وقد يقع في المقابلة غلطة القلم ، كأن ينقل رقم من صفحة إلى صفحة أخرى مغلوطة ، ففي هذه الحالة يصحح الغلط ويمتد بالرقم الصحيح^(١) .

(١) أما طلب إعادة عمل حساب المقابلة من جديد ، بعد عمل المقاس والحساب النهائي واعتاد كل ذلك ، فلا يجوز . وقد قضت محكمة النقض بأن الخطأ في ذات الأرقام المثبتة بحساب المقابلة (erreur de calcul) يجوز طلب تصحيحه متى كان هذا الغلط ظاهراً في الأرقام الثابتة في كشف الحساب المعتمد من قبل ، أو متى كانت أرقام هذا الكشف قد نقلت خطأ من ورقة إلى أخرى . معترف بها ، أو كانت غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانوناً . أما طلب إعادة عمل حساب تلك المقابلة من جديد فإن القانون يأباه ، لأن عمل المقاس والحساب النهائي من المقابلة بعد إتمامها مادم حلاً منطوقاً عليه في أصل عقدها ، فإن هذا الاتفاق متى نفذ بعمل المقاس والحساب فلا ووقع عليه بالإجماع ، فقد انقضت مسئولية كل عاقد عنه وأصبح هو ونتيجته ملزماً للطرفين . وعدم إمكان إعادة الحساب من جديد بعد عمله مرة أولى إذا كان لم يرد بشأنه نص خاص في القوانين المصرية كما ورد النص منه بالمادة ٥٤١ من قانون المرافعات الفرنسي ، إلا أنه أمر مفهوم بالضرورة من أصول القانون التي تمنع تقاضي الالتزام مرتين (نقض مدني ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١ وقر ٢٩٧ ص ٩٢٣) .

وإذا اعتد المقاس والحساب ، ولم يقع في ذلك غلط مادي ، فلا يجوز الطعن في الحساب المعتمد بدعوى الغلط المحسوس المبطل للعقد . وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى الغلط المحسوس المبطل للشرارة بحسب المادة ٥٣٥ مدني (قديم) لا يجوز توجيهها ضد المقاس والحساب المعتمدين في مقابلة من المفاوضات متى كانت في حقيقتها ليست سوى دعوة لإعادة المقاس أو الحساب برميته من جديد . ولكن دعوى وقوع هذا الغلط في مقياس بعض أجزاء خاصة معينة من الأعمال الكلية التي قام بها المتعهد قد تقبل ويؤمر بتحقيقها ، غير أن هذا لا يجوز إلا إذا كانت الظروف والدلائل تشهد بأنها دعوى جديدة . أما إذا رأت المحكمة أنها غير جديدة ، بل هي منازعة اعتسافية يراد بها الرجوع فيما تحقق وتم الاتفاق عليه ، فالهككة في حل من عدم قبول تحقيقها . ثم إن معنى الغلط في دعوى الغلط المحسوس المذكور يقتضي سبباً أن يكون المتعاقد قد صدر منه الرضا وهو غير عالم بحقيقة الشيء المرضى عنه ، بحيث لو كان عالماً بحقيقته لما رضى . فإذا كان كذلك لم يدع عدم علمه بالحقيقة ، بل ادعى أنه استكبره من التوقيع ، وأثبتت الهككة أن دعوى الإكراه مختلفة ، فتوقيعه بهذه المثابة لا يميل له أدنى وجه للرجوع في شيء من الحساب ، بل هو مرتبط به تماماً -

الفرع الثاني

المجل في المقاولة

٢٦ — **مبدأه** : قلنا أن المجل في عقد المقاولة مزدوج ، فهو بالنسبة إلى التزامات المقاول العمل المتعاقد على تأديته ، وهو بالنسبة إلى التزامات رب العمل الأجر الذي تمهد بدفعه للمقاول . فتكلم ، في مبحثين متتاليين ، في العمل والأجر .

المبحث الأول

العمل في المقاولة

٢٧ — **تطبيقات الفروع المارة** : لم ترد نصوص خاصة متعلقة بالعمل كركن في المقاولة ، فوجب تطبيق القواعد العامة ، سواء فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في العمل أو فيما يتعلق بأنواع العمل .

٢٨ — **الشروط الواجب توافرها في العمل** : هذه الشروط ، طبقاً للقواعد العامة ، هي أن يكون العمل ممكناً ، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعين ، وأن يكون مشروعاً^(١) .

فيجب أولاً أن يكون العمل ممكناً ، لأنه لا التزام بمستحيل . وقد نصت المادة ١٣٢ مدني على أنه : إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته ، كان العقد باطلاً . والمقصود بالاستحالة هي الاستحالة المطلقة ، وهي أن يكون العمل مستحيلاً في ذاته ، لا أن يكون مستحيلاً بالنسبة إلى المقاول فحسب . فقد يلتزم المقاول بعمل في يكون مستحيلاً عليه هو أو يلتزم بأمر يحتاج إلى قدرة فوق طاقته ، ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطبقونه ، في هذه الحالة تكون الاستحالة نسبية ولا تمنع من انعقاد

— الارتباط ، ودعواه غير جائزة السماع (نقض مدني ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة مر ١ رقم ٢٩٧ ص ٩٢٣ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) .
(١) الوسيط ١ فقرة ٢١٤ .

المقولة ، ويكون المفاوض مسئولاً عن التوفيق . أما إذا كانت الاستحالة مطلقة ، كأن يتعهد المفاوض بعمل يكون قد تم قبل التعهد كما إذا تعهد بحام ب رفع استئناف عن قضية كان الاستئناف قد رفع فيها قبل ذلك ، أو كما إذا تعهد كياوى أن يستخلص من معادن خسيصة معادن ثمينة وهذا أمر مستحيل حتى اليوم من الناحية العلمية ، فقد اختل شرط الإمكان في العمل ، وكانت المقولة باطلة . وقد تكون الاستحالة قانونية ، أى أنها ترجع لا إلى طبيعة العمل بل إلى سبب في القانون ، كما إذا تعهد بحام برفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانونى أو نقض في قضية لا يجوز فيها النقض^(١) . وحكم الاستحالة القانونية هو حكم الاستحالة الطبيعية فيما قدمناه ، تمنع من انعقاد المقولة لاختلال شرط من شروط الحل^(٢) .

ويجب ثانياً أن يكون العمل معيناً أو قابلاً للتعين . فيكون العمل معيناً إذا ذكرت طبيعته وأوصافه وبين ذلك تعييناً كافياً ، بحيث يتعين العمل ولا يدخل في ذلك لبس أو غموض . فإذا كان التعاقد على عملية جراحية ، ذكر نوع العملية وأصول الطب كفيلة بتعيين العملية بعد ذكر نوعها . وإذا كان التعاقد على ترميمات ، ذكر الشيء الواجب ترميمه والترميمات المطلوب القيام بها ، وإذا لم تذكر كان الواجب القيام بجميع الترميمات التى يحتاج إليها الشيء . وإذا كان التعاقد على بناء ، كان تعيينه عادة يوضع تصميمات له (plans) وهى الرسوم التى يضعها المهندس المعماري من مشروع ابتدائي (avant projet) ورسوم نهائية تفصيلية . ويقترن بالتصميمات دفتر الشروط (cahier des charges) ، لبيان الأعمال المطلوبة وشروط تنفيذها . ويقترن بالتصميمات ودفتر الشروط المقايسة (devis) ، وتبين مقاسات البناء ومقدار المواد وصفاتها وهذا ما يسمى بالمقايسة الوصفية (devis descriptif) ، وتبين كذلك ثمن المواد كل نوع على حدة وهذه هى المقايسة التقديرية (devis estimatif) . ويفنى عن المقايسة التقديرية قائمة

(١) هذا إذا احتربنا التعاقد مع الهامى مقولة لا وكالة ، والواقع أن التعاقد مع الهامى مزيج من المقولة والوكالة وعنصر الوكالة هو الغالب كما قلنا (انظر أيضاً فقرة هـ فى آخرها) .
وسنورد فى الوكالة (انظر ما على فقرة ٢٢٢) نفس هذه الأمثلة لاستحالة الحل ، على ' - .
أن التعاقد مع الهامى وكالة جبرياً على المصير للغالب .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٢١٩ - فقرة ٢٢٠ .

بالأثمان (bordereaux des prix) تبين الأثمان بالتفصيل ، بحيث يستخلص من هذه القائمة تكاليف عمليات البناء المفصلة في المقايمة الوصفية . وهذه ثائق الثلاث - التصميمات ودفع الشروط والمقايمة - تلحق بعقد الماولة تة ، وهو الذى يتضمن الاتفاق الحاصل بين رب العمل والمقاول بجميع عناصره ، كما يشتمل على شروط التنفيذ من مدة وجزاءات وأقساط موقتة وتسوية نهائية . واختصاص في حالة النزاع أو قبول التحكيم وغير ذلك من الشروط التى يتفق عليها المتعاقدان ^(١) . وإذا لم يكن العمل معيّنًا على النحو السالف الذكر ، وجب أن يكون على الأقل قابلاً للتعين . فيصح التعاقد على بناء مدرسة تشتمل على كذا فصلا ، ويسع كل فصل كذا تلميذاً مع المرافق اللازمة لمثل هذه المدرسة . كما يصح الاتفاق على بناء مستشفى يشتمل على كذا سريراً ، وكذا حجرة ، مع المرافق اللازمة . وكذلك الأمر فيما يتعلق بالمسارح والمطاعم والفنادق والمنازل الشعبية ، وما إلى ذلك من الأعمال التى تخفى على عناصر تقديرها بحيث تكون قابلة للتعين ^(٢) .

ويجب ثالثاً وأخيراً أن يكون العمل مشروعاً . فإذا كان غير مشروع بأن كان مخالفاً للقانون أو النظام العام أو الآداب ، كانت الماولة باطلة . فلا يجوز الاتفاق على تشييد منزل للدعارة أو للقمار ، كما لا يجوز الاتفاق على تهريب

(١) فصح في قانون المهنتس سنة ١٩٦٠ ص ٤٩ - ص ١١٢ - محمد ليب شنب .
فقرة ٤٩ - وهذه الوثائق يكل بعضها بعضاً . فإذا وجد خلاف بينها ، وجب التوفيق ، فإن تطرأ وكان الخلاف بين دفع الشروط والمقايمة التقديرية ، وجب تغليب دفع الشروط (مجلس الدولة الفرنسى ٢٨ يولييه سنة ١٨٩٣ مجلة أحكام مجلس الدولة سنة ١٨٩٣ ص ٦٢٨) . وإذا وقع الخلاف بين المقايمة التقديرية وقائمة الأثمان ، وجب تغليب قائمة الأثمان (مجلس الدولة : الفرنسى ٣٠ مايو سنة ١٨٨٤ مجلة أحكام مجلس الدولة سنة ١٨٨٤ ص ٤٦٦) . وإذا وقع خلاف بين الشروط المكتوبة في العقد والرسومات ، وجب تغليب الشروط المكتوبة في العقد ، وأبين الرسومات بعضها مع بعض ، وجب تغليب الرسومات ذات المقياس الكبير على الرسومات الأصغر مقاساً (فصح في قانون المهنتس ص ٥٥) . وإذا وقع خلاف بين الشروط المطبوعة والشروط المكتوبة باليد ، وجب تغليب الشروط المكتوبة باليد (مجلس الدولة الفرنسى أول مايو سنة ١٨٩١ مجلة أحكام مجلس الدولة سنة ١٨٩١ ص ٣٢٧) - وانظر محمد ليب شنب فقرة ٤٩ ص ٦٢ .

(٢) فإذا لم يكن العمل معيّنًا أو قابلاً للتعين ، كالاتفاق على إقامة بناء دون تحديد نوعه وأوصافه ، كانت الماولة باطلة (الوسيط ١ فقرة ٢٢٢ ص ٢٨٨) .

مسجون^(١)، أو إدخال الحشيش والخدرات أو تهريب البضائع من الحرمك ، أو صنع الأسلحة الممنوعة ، أو ارتكاب جريمة^(٢) .

٢٩ - أنواع العمل : قلنا عند الكلام في تنوع الأعمال التي تكون محلاً للمقولة^(٣) أن العمل الذي يؤديه الما قول يتنوع من مقولة إلى أخرى تنوعاً كبيراً .. فمن ناحية طبيعة العمل قد يكون العمل متصلاً بشيء معين ، وقد يكون هذا الشيء غير موجود والمقصود من المقولة إيجادها ، بمادة يوردها الما قول من عنده أو يوردها رب العمل ، وقد يكون الشيء موجوداً فعلاً وهو مملوك لرب العمل ويقع عمل الما قول على هذا الشيء الموجود ، وقد يكون العمل غير متصل بشيء معين بل هو مجرد عمل ، كالنقل والطبع والنشر والإعلان والعلاج والتدريس . ومن ناحية حجم العمل ، تتلرج المقولة من مقولة صغيرة إلى مقولة كبيرة . ومن ناحية جنس العمل ، هناك مقاولات أصبح الآن لها اسم معروف لانتشارها ، فهناك مقاولات البناء ، ومقاولات الأعمال الكهربائية ، ومقاولات الميكانيكية ، ومقاولات المرافق العامة ، ومقاولات الأشغال العامة ، ومقاولات المهن الحرة ، والنشر ، والإعلان ، والنظارة . وستناول طائفة من هذه المقاولات تفصيلاً عند الكلام في بعض أنواع المقولة .

ونضيف هنا إلى ما تقدم أن الأعمال التي ترد عليها المقولة إما أن تكون أعمالاً مادية ، وإما أن تكون أعمالاً عقلية . فالأعمال المادية مثلها الإنشاءات

(١) ويجوز مع ذلك الاتفاق على تهريب أسير من أسرى الحرب ، وقد قضى بأن يعتبر عقد مقولة العقد الذي تبرمه زوجة أسير من أسرى الحرب في ألمانيا مع شخص لتهريب زوجها ، فإذا لم يتفق على أجر عينت المحكمة الأمير الواجب دفعه ، ويعتبر الزوج الأسير الذي رضى بالحرب قد أجاز عقد زوجته ، ويكون مسئولاً معها بالتضامن من الأجر (قانونى ٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ جازيت دى باليه ١٩٤٧ - ١ - ١٤٢) . انظر بلاتويل وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٤ ص ١٥٠ هامش ٤ .

(٢) وقد نصت المادة ٦٢٨ من تقنين الموجبات والنفود البتاني على ما يأتى : « ويكون باطلاً كل وجه مطلق أيضاً كل اتفاق موضوعه : أولاً - الأمور المستحيلة مادياً . ثانياً - تعليم الأعمال السرية الخفية والأعمال المخالفة للقانون أو الآداب أو النظام العام أو إجراء الأعمال المذكورة » .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٩ .

المختلفة من مبان وجسور وترع ومصارف وخزانات وسلود وهذه هي المقاولات الكبيرة ، ومثلها أيضاً صنع أثاث أوئوب أو تصليح مواسير أو ترميم منزل أو نشر أو إعلان وهذه هي المقاولات الصغيرة . والأعمال العقلية تكون بدورها إما أعمالاً قانونية كما في التعاقد مع المحامى ووكيل الأشغال ، وإما أعمالاً فنية كما في التعاقد مع طبيب أو مع مهندس معمارى لوضع تصميم وللإشراف الفنى على تنفيذ العمل أو مع محاسب لمراجعة حسابات معينة أو مع رسام لرسم صورة أو مع نحّات لصنع تمثال^(١) .

كذلك تنقسم الأعمال إلى أعمال عامة وأعمال خاصة . فالأعمال العامة هي التى تتعلق بالمرافق العامة والأشغال العامة والنقل، والأعمال الخاصة هي التى تتعلق بالأفراد والشركات التى لا تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة^(٢) .

المبحث الثانى

الأجر فى المقاوله

٣٠ — **الرجع كركن فى عقد المقاوله :** الأجر هو المال الذى يترجم رب العمل بإعطائه للمقاول فى مقابل قيام هذا الأخير بالعمل المجهود به إليه ، فالأجر إذن هو محل التزام رب العمل . ويشترط فيه ، كما يشترط فى أى محل للالتزام ، أن يكون موجوداً ومعيناً أو قابلاً للتعيين^(٣) ومشروعاً . أما للمشروعية فلا جديد يقال فيها ، وشأن الأجر فى ذلك هو شأن العمل^(٤) . يبقى الوجود والتعيين .

فالأجر لابد من وجوده فى عقد المقاوله ، وإلا كان العقد من عقود التبرع فلا يعتبر مقاوله ، بل يكون عقداً غير مسمى . ويلاحظ أن الأجر ، وإن كان ركناً فى المقاوله ، إلا أنه لا يشترط ذكره فى العقد ولا أن يحلده المتعاقدان ،

(١) بلانويول وديبير و . واست ١١ ققرة ٩١٤ .

(٢) بلانويول وديبير ورواست ١١ ققرة ٩١٤ .

(٣) وتنص المادة ٦٣٠ من تقنين الموجبات والعقود البتأن على أنه « يجب أن يكون للبدل معيناً أو قابلاً للتعيين » .

(٤) ويلاحظ أن أجر المحامى لا يصح أن يكون جزءاً من الحق المتنازع فيه ، إذ الأجر هو هذه الحالة يكون غير مشروع بموجب نص صريح فى القانون (م ٤٧٢ مدنى) .

فإذا لم يحدده تكفل القانون بتحديدده كما سئى وتبقى الماولة صحيحة^(١). وهنا بخلاف التراضى والعمل ، فهما ركتان فى الماولة لا شأن للقانون بتحديددهما ، فإذا لم يتوافرا فى العقد كانت الماولة باطلة . ولكن يجب التمييز بين ما إذا كان المتعاقدان قد عرضا للأجر ولم يتفقا عليه فعند ذلك تكون الماولة باطلة لانعدام أحد أركانها ، وبين ما إذا كان المتعاقدان لم يعرضا للأجر أصلا بل سكتا عنه وهنا تكون الماولة صحيحة ويتكفل القانون بتحديد الأجر على الوجه الذى سننبه .

أما تعيين الأجر ، فيتناول الكلام فيه مسألتين : (١) جنس الأجرة : (٢) تقدير الأجر .

٣١ - جنس الأجر : والأصل فى الأجر أن يكون نقوداً ، وقد يكون مقسطاً أو يدفع جملة واحدة عند تمام العمل أو عند البدء فيه أو فيها بين ذلك .

ولكن لا شئ يمنع من أن يكون الأجر غير نقود ، كما هو شأن الأجرة فى عقد الإيجار ، فقد يكون أسهماً أو سندات أو مقادير معينة من البضائع كالغلال والقطن أو بيتاً أو أرضاً أو سيارة أو غير ذلك من المال المنقول أو العقار . بل يصح أن يكون الأجر عملاً ، فيتعاقد محام مع ماقول على أن يبنى له داراً فى مقابل أن يترافع المحامى فى بعض قضايا الماقول ، وهنا تكون الماولة مقايضة . عمل بعمل^(٢) .

(١) ويكفى أن العمل المهود به إل الماقول ما كان ليتم إلا لقاء أجر يقابله ، حتى يفترض أن هناك اتفاقاً ضمناً على وجود الأجر ، أما مقدار الأجر فيحدده القانون كما سئى . وقد كان المشروع انتهى للتقنين الملقى الجديده يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٨١ من هذا المشروع تنص على أنه « إذا تبين من الظروف أن العمل الموصى به من ماقول لا لقاء أجر يقابله ، وجب افتراض أن هناك اتفاقاً ضمناً على أن يكون العمل بأجر » . وقد حلف النص فى لجنة المراجعة الكفاة بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٥ فى المامش) . وتنص المادة ٦٣١ من تقنين الموجبات والمقود البنات على أن « يقدر اشتراط الأجر أو البذل فى الأحوال الآتية - ما لم يتم الدليل على العكس : أولاً - عند إتمام عمل ليس من المعتاد إجراؤه بلامقابل . ثانياً - إذا كان العمل داخلاً فى مهنة من يقوم به . ثالثاً - إذا كان العمل تجارياً أو قلم به تاجر فى أثناء ملوسة تجارته » .

(٢) محمد لييب شغب حقرة ٥٤ .

ولكن الذى يقع فى العادة أن يكون الأجر فى المفاولة نقوداً^(١).

٣٢ - تقرير الأجر : الأصل أن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتحديد الأجر ، وقد يحددهانه بموجب مقايضة على أساس الوحدة (marché sur devis) ، أو يحددهانه أجراً إجمالياً على أساس تصميم متفق عليه (marché à forfait) ، وتحديد الأجر على أساس الوحدة يقتضى عمل مقايضة بين الأعمال المطلوبة تفصيلاً ، والمواد التى تستخدم فى هذه الأعمال ، وأجر وحدة العمل ، وسعر المواد المستخدمة . فيذكر فى المقايضة مثلاً أن المطلوب هو كذا متر من المبنى ، كل متر بسعر كذا ، وكذا متر من التجارة بسعر المتر كذا ، وكذا أدوات صحية ، وكذا حديد الخ ، مع ذكر السعر . وهذه هى المفاولة على أساس وحدة القياس (marché à l'unité de mesure) . ويصح لرب العمل فى هذه الطريقة أن يزيد فى مقدار الأعمال المطلوبة أو أن يتقص منها ، ويجوز الاتفاق على ألا تكون الزيادة أو التقص إلا بنسبة معينة . ومزية هذه الطريقة أنها لا تغيب رب العمل ولا تبين المفاولة ، فرب العمل يدفع أجراً والمفاولة يتقاضاه بمقدار ما تم فعلاً . ولكن الأجر لا يعرف مقداره مقدماً عند إبرام عقد المفاولة ، بل يجب الانتظار حتى تنتهى جميع الأعمال وتقدر بحسب المقايضة . وقد لا يتحدد الأجر طبقاً لمقايضة توضع مقدماً ، بل يقوم المفاولة بجميع الأعمال المطلوبة على أساس فئات الأثمان (marché sur prix de série) . فقد جرى العمل فى مفاولات المبنى على تحديد ثمن لكل نوع من الأعمال اللازمة لإقامة البناء ، فهناك سعر لتر البناء وسعر لتجارة وسعر للحدادة وسعر للياض وسعر لنقل الأتربة وسعر للأعمال الصحية الخ ، وهذه التعريفات تسمى فئات الأثمان (série de prix) . وعندما يتم المفاولة الأعمال ، تقدر على الطبيعة وتعرف كميات كل منها ، ثم يرجع إلى فئات الأثمان المتقدم ذكرها لمعرفة أجر كل عمل ومجموع أجر المفاولة . وهذه الطريقة أكثر إيماناً من طريقة المقايضة فى ترك الأجر غير معروف المقدار إلى نهاية تمام الأعمال ، فى طريقة المقايضة يمكن تقدير الأجر مقدماً على وجه التقريب ،

(١) ويذهب يوتييه (٤ قفرة ٤٠٠ ص ١٣٦) إلى أن الأجر يجب أن يكون نقوداً ، وإلا كانت المفاولة مقدماً غير سعى .

أما في طريقة فئات الأمان فليس هناك إلا التخمين ولا يمكن التثبت من مقدار الأجر إلا بعد انتهاء العمل^(١).

لذلك كثيراً ما يلجأ رب العمل إلى طريقة الأجر الإجمالي (marché à prix fait, marché à forfait, marché en bloc). فيتفق مع المقاول على مبلغ إجمالي يقدر مقدماً عند إبرام المقاولة، فيوضع التصميم لبناء مثلاً—عمارة من كذا دوراً وكذا شققاً وكذا دكاكين وجراجات الخ—على أن يكون الأجر الإجمالي هو عثرون ألفاً أو ثلاثون ألفاً من الجنيهات. ومزية هذه الطريقة لرب العمل أنه يعرف مقدماً عند إبرام المقاولة مقدار الأجر الذي يلتزم بدفعه للمقاول، وفي هذا مدعاة للاطمئنان والاستقرار. ولكن عيب هذه الطريقة أن المقاول يحاول عادة أن يقتصد في تكاليف الأعمال ليكون ربحه أكبر، ويكون ذلك على حساب جودة العمل أو على حساب جودة المواد التي يستخدمها. وقد لا يستطيع المقاول الاقتصاد في التكاليف، وترتفع الأسعار في أثناء تنفيذ المقاولة أو ترتفع أجور العمال^(٢)، فيتحمل تبعه كل ذلك لأن أجره الإجمالي محدد مقدماً لا يزيد بارتفاع الأسعار أو بارتفاع أجور العمال—إلا في حالة الظروف الطارئة كما سترى—فتعود المقاولة عليه بالخسارة^(٣).

(١) استئناف مخطوط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٤٠—٢٩ يناير سنة ١٩٣١ ص ٤٣—١٩٦—أوبري ورو وإسبان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٦—بلانيول وديبير ودواست ١١ فقرة ٩١٧. وسنرى أن المهندس المعاري يستحق أجراً مستقلاً عن وضع التصميم وحمل المقايضة وأجراً آخر عن الإشراف على التنفيذ (م ١/٦٦٠ م٢). وقد يحدد هذا الأجر مقدماً بمبلغ إجمالي، وقد يحدد تبعاً لقيمة الأعمال فلا يعرف مقداره إلا عند تمام العمل. وإذا لم يحدد العقد هذه الأجزاء، وجب تقديرها وفقاً لعرف الجارى (م ٢/٦٦٠ م٢). وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلاً فيما يلي (انظر فقرة ١٠٨—فقرة ١٠٩).

(٢) وقد يكون النفع إلى قبول أجر إجمالي منخفض متى يحصل على المقاولة، لاسيما إذا كان ذلك نتيجة مسابقة دخل فيها وعرض صلاء منخفضاً حتى ترمو المنافسة عليه (بلانيول وديبير ودواست ١١ فقرة ٩١٦).

(٣) أوبري ورو وإسبان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٥—٤٠٦ ص ٤٠٦—بلانيول وديبير ودواست ١١ فقرة ٩١٦—بيدان ١٢ فقرة ١٨٥ ص ٢٠١—دي باج ٤ فقرة ٨٦٧ ص ٨٨٣—مازو ٣ فقرة ١٣٤٤ ص ١١١٣—محمد كامل مرسي فقرة ٥٧٨ ص ٤٨١—٤٨٢ ص ٤٨٢—محمد لبيب شنب فقرة ٥٤ ص ٦٦.

وقد تكون نصوص المقاولة غامضة هل هي بأجر إجمالي أو هي بسعر الوحدة، فقاضى الموضوع هو الذى يثبت في هذه المسألة بعد أن يرجع إلى نصوص المقاولة وظروفها، دون رقابة =

وقد لا يعرض المتعاقدان لتحديد مقدار الأجر أصلاً ، فيتكفل القانون بتحديد هذا المقدار كما سبق القول . وقد نصت المادة ٦٥٩ مدني على أنه « إذا لم يحدد الأجر سلفاً ، وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المفاوضة » . وسيأتي تفصيل البحث في ذلك عند الكلام في التزام رب العمل بدفع الأجر^(١) .

١- عليه من محكمة النقض (نقض فرنسي ٢٨ مايو سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٣-١-٤١٥-١٩ يولييه سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٧-١-٤٦٧ - أول فبراير سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤-١-٣٦٠ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٨-١-٤٩٤ - ٢٤ فبراير سنة ١٩١٥ جازيت ده تريبينو ٢٨ فبراير سنة ١٩١٥ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٦-٥٢ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٦) .

(١) انظر مايل فقرة ٩٠ .

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على المقاولة

٣٣ — التزامات المقاول والتزامات رب العمل : يترتب على عقد المقاولة أن تنشأ التزامات في جانب المقاول ، والتزامات مقابلة في جانب رب العمل . وقد يتعاقد المقاول مع مقاول من الباطن لإنجاز بعض الأعمال الموهود بها إليه ، أو لإنجاز جميع هذه الأعمال . فتتكمّل في التزامات المقاول ، ثم في التزامات رب العمل ، ثم في المقاولة من الباطن .

الفرع الأول

التزامات المقاول

٣٤ — التزامات موهود : يلتزم المقاول نحو رب العمل بالتزامات ثلاثة :
 (١) إنجاز العمل الموهود به إليه بموجب عقد المقاولة .
 (٢) تسليم العمل بعد إنجازهِ .
 (٣) ضمان العمل بعد تسليمهِ .

المبحث الأول

إنجاز العمل

٣٥ — الواجبات التي يتضمّنُها إنجاز العمل والجزاء على إهمالِ موهود :
 «والتزام» : الالتزام الرئيسي الذي يترتب في ذمة المقاول هو الالتزام بإنجاز العمل ، وهذا الالتزام ينطوي على واجبات يتعين على المقاول أن يقوم

بها . فإذا أخل بهذه الواجبات تحمل الجزاء الذى يرتبه القانون على هذا الإخلال .

المطلب الأول

الواجبات التى يتضمنها إنجاز العمل

٣٦ - بيان هذه الواجبات : حتى يقوم المقاول بتنفيذ التزامه من إنجاز العمل ، يجب عليه أن ينجزه بالطريقة الواجبة ، وأن يبذل فى إنجازها العناية اللازمة ، سواء قدم المادة من عنده أو قدمها له رب العمل ، فيكون مسئولاً عن خطئه وعن خطأ تابعيه ، وعليه أخيراً أن ينجز العمل فى المدة المتفق عليها أو المدة المعقولة . فهذه طائفة من المسائل تستعرضها فيما يلى :

٣٧ - طريقة إنجاز العمل - نص قانونى : يجب على المقاول أن ينجز لعمل بالطريقة المتفق عليها فى عقد المقاولة ، وطبقاً للشروط الواردة فى هذا العقد^(١) ، وبخاصة طبقاً لدفتر الشروط فى مقاولات البناء إذا وجد هذا الدفتر^(٢) .

فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها ، وجب اتباع العرف ، وبخاصة أصول الصناعة والفن تبعاً للعمل الذى يقوم به المقاول . فلصناعة البناء أصول معروفة ، وللتجارة والحداثة والسباكة والحياكة والرسم والتصوير والنحت أصول وقوانين تحجب مراعاتها دون حاجة لذكرها فى العقد . ولصناعة الطب وصناعة المحاماة والمهنة والمحاسبة والطبع والنشر وغير ذلك من الأعمال التى يصبح أن تكون محلاً لعقد المقاولة أصول وتقاليد وعرف يجب على المقاول أن يلتزمها فى إنجازها للعمل المعهود به إليه .

فإذا خالف المقاول الشروط والمواصفات المتفق عليها أو الشروط التى

(١) وتنص المادة ٦٣٧ من تقنين الموجبات والعقود البنى على ما يأتى : « إن الموجب يكون مسئولاً أيضاً من الضرر الذى ينجم عن إخلاله بتنفيذ التعليمات التى تلقاها إذا كانت صريحة » ولم يكن لديه سبب كافى فى عدم مراعاتها . أما إذا كان لديه مثل هذا السبب ، ولم يكن ثمة خطر فى التأخير ، فيلزمه أن ينبه صاحب الأمر وينتظر منه تعليمات جديدة » .

(٢) بلايول وريير ورواست ١١ ققرة ٩٢٤ ص ١٦٠ .

تمليها أصول الصنعة وعرفها وتقاليدها ، وأثبت رب العمل ذلك ، كان المقاول مخلصاً بالتزامه ووجب عليه الجزاء الذى سببته فيما يلى ، وذلك دون حاجة لأن يثبت رب العمل خطأ فى جانب المقاول ، فإن مخالفة هذه الشروط هى ذاتها الخطأ^(١) . ولا يستطيع المقاول أن يتخلص من المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبى ، أى بإثبات أن مخالفة الشروط ترجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى أو خطأ رب العمل نفسه أو فعل الغير^(٢).

وإذا احتاج المقاول ، فى إنجاز العمل طبقاً لشروطه ، إلى أدوات ومهمات ، وجب عليه أن يأتى بها ويكون ذلك على نفقته ، سواء كان العمل مادة تستخدم فيه أو لم يكن ، وسواء كان من ورد المادة هو رب العمل أو المقاول . فأدوات العمل ومهماته ، كآلات البناء وعدة الحراثة وعربات النقل وألوان الدهان وبطانة الثوب وغير ذلك مما يحتاج إليه المقاول فى إنجاز العمل ، تكون على المقاول دون حاجة إلى اشتراط ذلك فى العقد ، وهذا ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغيره . كذلك كثيراً ما يحتاج المقاول ، فى إنجاز العمل طبقاً لشروطه ، إلى أيد عاملة ، وقد يحتاج أيضاً إلى أشخاص يعاونونه ويعملون تحت إشرافه فيكونون تابعين له ، بل قد ينجز العمل كله هؤلاء الأشخاص ومعهم المال وتقتصر مهمة المقاول على الإشراف والتوجيه ، ما لم يكن العمل منظوراً فيه إلى مهارة المقاول الشخصية كالطبيب والفنان . فى جميع هذه الأحوال تكون أجور العمال والمعاونين على المقاول ، ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك . وقد ورد نص صريح فى هذا المعنى ، فيما يتعلق بالأدوات والمهمات ، فى الفقرة الثانية من المادة ٦٤٩ من التقنين المدنى ، وتجرى على الوجه الآتى : « وعلى المقاول أن يأتى بما يحتاج إليه فى إنجاز العمل من أدوات ومهمات إضافية ، ويكون ذلك على نفقته . هذا ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغيره »^(٣).

(١) محمد ليب شنب فقرة ٧٠ ص ٩٠ - عكس ذلك دى پاچ ٤ فقرة ٨٨٠ ص ٩٠٧ .

(٢) مازو ٣ فقرة ١٣٤٧ ص ١١١٥ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الثالثة من المادة ٨٦٧ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية على النص جعلته ، مطاباً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقم المادة فى المشروع النهائى ٢/٦٧٧ . ووافق مجلس النواب على النص تحت =

٣٨ - **النزاهة الموزنة في إنجاز العمل :** الالتزام بإنجاز العمل في عقد المقولة إنما أن يكون التزليماً بتحقيق غاية ، وإما أن يكون التزاماً يبذل عناية . فإن كان التزاماً بتحقيق غاية ، كإقامة بناء أو ترميمه أو تعديله أو هدمه وكصنع أثاث أو ثوب أو وضع تصميم أو رسم لوحة أو نحت تمثال ، فلا يبرأ المقاول من التزامه إلا إذا تحققت الغاية وأنجز العمل المطلوب . ولا يكفي أن يبذل في القيام به عناية الشخص المعتاد أو أكبر عناية ممكنة ، فما دام العمل لم يتم إنجازَه فإن المقاول يكون مسئولاً ، ولا تنتفي مسئوليته إلا إذا أثبت السبب الأجنبي ، وانقضاء مسئوليته في هذه الحالة إنما يأتي من نفي علاقة السببية لا من نفي الخطأ . أما إذا أنجز العمل ، طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها أو طبقاً لأصول الفن وتقاليده الصناعة وعرفها على النحو الذي قدعناه ، فقد وفى بالتزامه وبرئت ذمته .

وإن كان الالتزام التزاماً يبذل عناية ، كعلاج مريض أو المرافعة في قضية أو إدارة عمل أو الإشراف على تنفيذ ، فإن المطلوب من المقاول في هذه الحالة هو أن يبذل عناية الشخص المعتاد في إنجاز العمل المجهود إليه . فيجب على الطبيب أن يبذل عناية من في مستواه من الأطباء في علاج المريض طبقاً للأصول الطبية ، وليس عليه أن يشفى المريض ، ويجب على المحامي أن يبذل عناية من في مستواه من المحامين في المرافعة ، وليس عليه أن يكسب القضية . ويجب على المهندس الذي يدير عملاً أو يشرف على تنفيذ تصميم أن يبذل عناية من في مستواه من المهندسين في إدارة العمل أو في الإشراف على التنفيذ ،

= رقم ٢٠٢/١٧٦ م وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٦٤٩ (مجموعة الأعمال التشريعية ٥ ص ١٢ - ص ١٥) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني القديم ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢/٦١٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٢/٦٤٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٢/٨٦٧ (موافق) .

تقنين الموجبات والمقود اللبناني م ٦٥٩ : يجب على الصانع أن يقدم البند والآلات اللازمة

لإنجاز العمل ، ما لم يكن هناك عرف أو اتفاق مخالف . (وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

وليس عليه أن يتحقق الغرض المقصود . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٢١١ مدني في هذا المعنى : « في الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود » .

٣٩ - التمييز بين فرضين فيما يتعلق بتقريب مادة العمل - نص قانوني :
ويقع كثيراً أن يحتاج العمل المطلوب لإنجازه إلى مادة تستخدم في صنعه أو يستعان بها فيه . فالنجار في صنع مكتب أو مكتبة أو أثاث يحتاج إلى الخشب اللازم لصنع ذلك ، والحائك في صنع الثوب يحتاج إلى القماش اللازم ، وصانع الأسنان يحتاج إلى المادة اللازمة لصنع هذه الأسنان ، وهكذا . وهنا يجب التمييز بين فرضين ، فلما أن يكون المقاول قد تعهد بتقديم المادة بالإضافة إلى العمل ، ولما أن يكون رب العمل هو الذي تعهد بتقديم المادة واقتصر المقاول على التعهد بتقديم العمل .

وتقول المادة ٦٤٧ من التقنين المدني في هذا الصدد :

١ - يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله ، على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله .

٢ - كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً ^(١)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٦٤ على وجه ينفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة . وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية ، فصار النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقم المادة ٦٧٥ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٦٧٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٤٧ (مجموعة الأعمال التشريعية ص ٩ - ص ١٠) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادة ٥٠٨/٤١٦ ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « استعجار الصانع يجوز أن يشتمل بطريق التبعية على ما يلزم إحصاره من المهاتم اللازمة لعمل كلها أو بعضها » . (وأحكام التقنين المدني القديم تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦١٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٤٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٦٥ - ١ - يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله ، على أن

٤٠ - الفرصه الأولى - المفاوض هو الذى يقرم المادة - نص قانونى:

نص المادة ٦٤٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا تعهد المفاوض بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها ، كان مسئولاً عن جودتها ، وعليه ضمانها لرب العمل »^(١).

وقد سبق أن رأينا أنه إذا قدم المفاوض مادة العمل كلها أو بعضها وكان للمادة قيمة محسوسة ، فإن العقد يكون مزيحاً من بيع ومقاوله ، سواء كانت قيمة المادة أكثر من قيمة العمل أو أقل ، ويقع البيع على المادة وتسرى أحكامه فيها يتعلق بها ، وتقع المقاوله على العمل وتنطبق أحكامها عليه^(٢) . وقد طبق النص سالف الذكر هذه القاعدة ، فجعل المفاوض مسئولاً عن جودة المادة وعليه ضمانها لرب العمل . ذلك أن المفاوض فى هذه الحالة يكون بائعاً للمادة ، فيضمن ما فيها من عيوب ضمان البائع للعيوب الخفية ، والبيع هنا يكون معلقاً

= يقدم رب العمل المادة التى يستعملها المفاوض أو يستعين بها فى القيام بعمله ، ويكون المفاوض أجيراً مشتركاً . ٢- كما يجوز أن يتعهد المفاوض بتقديم العمل والمادة معاً ، ويكون العقد استصناعاً . (وأحكام التقنين المراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والمقرود البنىانى م ٦٥٨ : يجوز فى الاستصناع أن يقتصر الصانع على تقديم عمله فقط يقدم صاحب الأمر المواد عند الاقتضاء ، كما يجوز له أيضاً أن يقدم المواد مع عمله - على أنه إذا كانت المواد التى يقدمها الصانع هى الموضوع الأصل فى العقد ولم يكن العمل إلا فرعاً ، كان هناك بيع لا استصناع . (وتتفق أحكام التقنين البنىانى مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٦٦ على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٦٧٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٤٨ (مجموعة الأعمال التصديرية ص ١١ - ط ١٢)^٣.

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم ، ولكنه تطبيق للقواعد العامة . ويقابل فى التقنينات المغنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السعودى م ٦١٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٨٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٦٦ (مطابق) .

تقنين الموجبات والمقرود البنىانى م ١/٦٦٢ : إن الصانع الذى يقدم المواد يكون ضامناً

لنوعها . (وأحكام التقنين البنىانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(٢) انظر كلاً فقرة ٦ فى آخره .

على شرط واقف ، هو تمام صنع المادة^(١) . فيصبح البيع باتاً وتنفذ آثاره ، ومنها نقل الملكية وضمان العيوب الخفية ، من وقت أن يتم المفاوض عمله ويكسب الشيء المصنوع كل مقوماته الذاتية ، أى من وقت أن يصبح الخشب مكتباً أو مكتبة أو أثاثاً في حالة التعاقد مع نجار ، أو من وقت أن يصبح القماش ثوباً تام الصنع في حالة التعاقد مع خائك^(٢) ، وهكذا^(٣) .

وتسرى في ضمان العيوب الخفية الأحكام الملازمة لطبيعة عقد الاستصناع الذى نحن بصدده وهى أحكام عقد البيع . فيكون المفاوض ملزماً بالضمان إذا

(١) بودوى وقال ٢ فقرة ٣٨٧٢ ص ١٠٧٥ - كولان وكايتان ودى لامورانيير ٢ فقرة ١٠٨٧ - فلا يتراعى انتقال الملكية إلى وقت التسليم ولا إلى وقت قبيل العمل (بودوى وقال ٢ فقرة ٣٨٧٥ - قارن أنسكلويدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٢٤ وفقرة ٢٨) .. أما قبل تمام الصنع فللنادة تبقى ملكاً للمفاوض ، ويترتب على ذلك أنه إذا أفسس المفاوض قبل تمام الصنع لم يكن لرب العمل أن يسترد الشيء من التعلية لأنه لم يصبح ملكاً له بعد . ويترتب على ذلك أيضاً أن المفاوض ، قبل أن يتم صنع الشيء ، له أن يتصرف فيه بالبيع والرهن وسائل التصرفات (دافيد في رسالته في عقد الاستصناع ص ٩٤ - ص ٩٥ - فرانسوا جورى في مقال له في وقت انتقال الملكية في البيع تحت التسليم في المجلة الفصلية لقانون المدنى سنة ١٩٤٧ فقرة ١٥ ص ١٦٧ - أنسكلويدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٢٥ - محمد لبيب شنب فقرة ٩٦ ص ١١٢) .

(٢) وهناك رأى يذهب إلى أن مفاوض البناء الذى يقدم مواد البناء من عنده يبرم عقد مقابلة لا يتضمن بيع المواد ، فإن هذه المواد تصبح ملكاً لمصاحب الأرض (رب العمل) بالاتفاق (انظر في هذا المعنى بودوى وقال ٢ فقرة ٣٨٧٤ - بلايويك وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٩٩٢ - نقض فرنسي ١٨ أكتوبر سنة ١٩٣١ دالوز ١٩١٢ - ١ - ١١٣) .

(٣) انظر في هذا المعنى نقض فرنسي أول أغسطس سنة ١٩٥٠ دالوز الموجز ١٩٥١ - ٦٨ - يافيس ٢٤ مايو سنة ١٩٤٤ سيريه ١٩٤٥ - ٢ - ٤ - السين ٨ أبريل سنة ١٩٤٩ دالوز الموجز ١٩٥٠ - ١٦ - قارن بلايويك وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٥ ص ١٦٣ ويلجئون إلى أن الملكية لا تنتقل إلا من وقت تسليم الشيء المصنوع لرب العمل ، وفي حالة صنع أشياء مماثلة (par série) من وقت تعيين الشيء بالذات وتمييزه (spécification) عن سائر الأشياء المماثلة . وانظر أيضاً في أن الملكية لا تنتقل إلا من وقت تسليم الشيء المصنوع فرانسوا جورى في مقاله المشار إليه في المجلة الفصلية لقانون المدنى سنة ١٩٤٧ فقرة ١٤ - فقرة ١٥ ص ١٦٧ - بلايويك وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٨٩٥ - نقض فرنسي ٢٠ مارس سنة ١٨٧١ دالوز ٧٢ - ١ - ١٤٠ - ١٤ - مارس سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٤٩٧ - وانظر في أن الملكية تنتقل من وقت تقبل رب العمل للعمل ولو لم يتسلمه محمد لبيب شنب فقرة ٩٩ . وسرى أن التقبل يقع عادة وقت التسليم (انظر ما يلى فقرة ٨١) ، وأنه إذا انفصل التقبل عن التسليم فالمعبرة في انتقال الملكية بوقت التقبل لا بوقت التسليم (انظر ما يلى فقرة ٨٥) .

ثم تتوافر في المادة الصفات التي كفل لرب العمل وجودها فيه ، أركان بالمادة عيب ينقص من قيمتها أو من نفعها بحسب الغاية المقصودة منها ، ويضمن المقاول هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده (م ١/٤٤٧ مدني) . ولا يضمن المقاول العيوب التي كان رب العمل يعرفها وقت تمام صنع الشيء ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص الشيء بعناية الرجل العادي ، إلا إذا أثبت رب العمل أن المقاول قد أكد له خلو الشيء من هذا العيب ، أو أثبت أن المقاول قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه (م ٢/٤٤٧ مدني) . ولا يضمن المقاول عيباً جرى العرف على التسامح فيه (م ٤٨٨ مدني) . وإذا تسلم رب العمل الشيء ، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقاً للمألوف في التعامل ، فإذا كشف عيباً يضمنه المقاول وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة ، فإن لم يفعل اعتبر قابلاً للشيء (م ١/٤٤٩ مدني) . أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه رب العمل ، وجب عليه أن يخطره به بالمقاول بمجرد ظهوره ، وإذا اعتبر قابلاً للشيء بما فيه من عيب (م ٢/٤٤٩ مدني) . وإذا أخطر رب العمل المقاول بالعيب في الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحر المين في المادة ٤٤٤ مدني (م ٤٥٠ مدني) . وتبقى دعوى الضمان ، ولو هلك الشيء بأي سبب كان (م ٤٥١ مدني) . وتسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم الشيء إلى رب العمل ولو لم يكشف هذا الأخير العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل المقاول أن يلتزم بالضمان لمدة أطول ، على أنه لا يجوز للمقاول أن يتمسك بالسنة لتقام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه (م ٤٥٢ مدني) ^(١) .

وفي اختيار المقاول للمادة التي يقدمها يجب عليه أن يلتزم الشروط ، والمواصفات المتفق عليها في خصوص هذه المادة كما سبق القول : وإذا لم تكن هناك شروط ومواصفات ، وجب على المقاول أن يتوخى في اختيار المادة أن تكون وافية بالفرض المقصود مستفاداً مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الفرض الذي أعد له (م ١/٤٤٧ مدني) .
وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة المادة من حيث جودتها ، ولم يمكن

(١) انظر في كل هذه الأحكام المتعلقة بضمان البائع للعيوب الخلفية الوسيط ٤قرة ٣١٠

استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم الما قول بأن يقدم مادة من صنف متوسط (م ١٣٣/٢ مدنى) (١).

٤١- الفرصه الثاني - رب العمل هو الذى يقرم المادة - نص قانونى :-

تنص الفقرة الأولى من المادة ٦٤٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة ، فعلى الما قول أن يحرص عليها ويراعى أصول الفن فى استخدامه لها ، وأن يؤدى حساباً لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقى منها ، فإذا صار شئ من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية ، التزم برده قيمة هذا الشئ لرب العمل » (٢).

والمفروض هنا أن رب العمل هو الذى يقدم المادة للما قول ، فيقدم مثلاً التماش للحائك أو الخشب للنجار أو الذهب للصانع أو الورق للطبعة أو الأرض لما قول البناء الخ . ويجب على الما قول فى هذه الحالة أن يحافظ على المادة المسلمة إليه من رب العمل ، وأن يبذل فى المحافظة عليها عناية الشخص المعتاد ،

(١) محمد لبيب شلب فقرة ١٠١ ص ١١٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٨٦٧ من المشروع النهيى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة أدمجت الفقرتان فى فقرة واحدة ، وأدخلت بعض تعديلات لفظية طفيفة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ١/٦٧٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/٦٧٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١/٦٨٩ (مجموعة الأعمال التفسيرية ص ١٢ - ص ١٥) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً لقواعد العامة .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١/٦١٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ١/٦٤٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١/٨٩٧ (موافق) .

تقنين الموجهات والمقود البنائى م ١/٦٣٩ : إن الما قول الذى لا يقدم إلا عمله يلزمه أن .

يسهر على حفظ الأشياء التى سلمت إليه لتنفيذ العمل أو الاستمتاع .

م ٢/٦٦٣ : أما إذا كان صاحب الأمر هو الذى قدمها (المادة) . فيجب على الصانع أن يستعملها بحسب القواعد الفنية ويعود إهماله ، وأن يوقف صاحب الأمر على كيفية استعماله لها ، وأن يرد إليه سالم بمقتضى منها . (أحكام التقنين البنائى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

فلن نزل عن هذه العناية كان مستولا عن هلاكها أو تلفها أو ضياعها أو سرقتها : وإذا احتاج الحفظ إلى تقفات ، تحملها المقاول ، لأنها تعتبر جزءاً من النفقات العامة التي أدخلها في حسابه عند تقدير الأجر^(١) . وقد قدمنا أن عقد المقاولة الذي يتسلم فيه المقاول شيئاً من رب العمل ليعمل فيه يتضمن بطبيعته حفظ هذا الشيء ويكون مستولا عن ضياعه^(٢) . ويستوى أن يكون الشيء قيمةً أو مثلياً^(٣) .

ثم يجب على المقاول أن يستخدم المادة طبعاً لأصول الفن ، فيجانب الإفراط والتضييق ، ويستعمل منها القدر اللازم لإنجاز العمل المطلوب منه دون نقصان أو زيادة ، وأن يؤدي حساباً لرب العمل عما استعمله منها ويرد له الباقي إن وجد . فلن يبق من الخشب أو القماش أو الذهب أو الورق الذي تسلمه من رب العمل شيء بعد أن آتم صنع الأثاث أو الثوب أو المصاغ أو طبع الكتاب ، وجب عليه رده لرب العمل .

وإذا كشف في أثناء عمله ، أو كان يمكن أن يكشف تبعاً لمستواه الفني ، أن بالمادة عيوباً لا تصلح معها للغرض المقصود ، كما إذا كان القماش الذي تسلمه من رب العمل لا يصلح لصنع الثوب المطلوب ، أو كان الخشب لا يصلح لصنع الأثاث ، أو كانت الأرض التي يقيم عليها البناء تنطوي على عيب يهدد سلامة البناء ، وجب عليه أن ينظر رب العمل فوراً بذلك ، وإلا كان مستولا عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج^(٤) . كذلك إذا قامت ظروف من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل في أحوال ملائمة ، كما إذا صدر للمطبعة أمر تكليف من

(١) استئناف مخطط ٢١ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٥ - ٥١٧ - ٢٠ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٨٦ - محمد ليبب شب بقرة ٧٨ ص ٩٧ .

(٢) انظر ألفاً بقرة ٧ .

(٣) مازو ٣ بقرة ١١٥٠ ص ١١١٦ - محمد ليبب شب بقرة ٧٨ ص ٩٦ .

(٤) أما إذا كان لا يمكن للمقاول مثله أن يكشف العيب ، فإنه لا يكون مستولا . وقد كان المشروع التهديضي ضمن نصاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٩١ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « لا يكون العامل أو الصانع مستولا قبل رب العمل من إغفال الإخطار المنصوص عليه في المادة ٨٦٩ إذا كان ما ظهر في أثناء التنفيذ وبسببه ، من هروب في المادة ، بحيث ما كان يستطيع عامل مثله أن يعلم بها » (مشروع تنقيح القانون المدني - مذكورة إيضاحية ٣ العقود الماسة ص ٤٦١ - وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التحضيرية) .

شأنه أن يوقف العمل لتصرف المطبعة إلى العمل الذي صدر في شأنه أمر التكليف ، وجب أيضاً في هذه الحالة على الما قول إخطار رب العمل فوراً . وإلا كان مسئولاً عن النتائج التي تترتب على عدم الإخطار . وقد كان المشروع التفهيدى يتضمن نصاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٦٩ من هذا المشروع تنص على أنه ١ - إذا حدثت أو ظهرت أثناء العمل عيوب في المادة التي قدمها رب العمل ، أو قامت عوامل أخرى من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل في أحوال ملائمة ، وجب على الما قول أن يحظر فوراً رب العمل بذلك ٢ - فإذا أعمل في الإخطار ، كان مسئولاً عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة »^(١) ، وهو في الواقع ليس إلا تطبيقاً لها .

ولما كانت مسئولية الما قول في هذا الخصوص مسئولية عقدية ، فإنه إذا تلف الشيء أو ضاع أو هلك ، وقع عبء الإثبات على رب العمل . فعليه أن يثبت أن الما قول لم يزل في حفظ الشيء عناية الشخص المعتاد ، وأن هذا الإهمال هو الذي ترتب عليه تلف الشيء أو ضياعه أو هلاكه . وللما قول من جانبه أن يثبت ، حتى يدرأ عن نفسه المسئولية ، أنه بذل عناية الشخص المعتاد ، أو أن التلف أو الضياع أو الهلاك كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، فتنتفي مسئوليته في الحالتين^(٢) . كذلك المفروض أن الما قول يتوافر على الكفاية الفنية الكافية ، وعلى رب العمل يقع عبء إثبات أن الما قول قد تسبب بقصور كفايته الفنية في جعل المادة أو بعض منها غير صالحة للاستعمال ، وللما قول من جانبه أن يدرأ عن نفسه المسئولية بأن يثبت أنه قد قام بجميع واجباته بحسب أصول الفن ، أو أن صيرورة المادة غير صالحة للاستعمال لا يرجع إلى قصور فني من جانبه ، بل يرجع إلى سبب أجنبي^(٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية . ص ١٣ في المباحث - ونصت المادة ٦٦٣ من تقنين الموجبات والمفروض البناني في هذا المعنى أيضاً على ما يأتي : « إذا حدث في أثناء القيام بالعمل أن في المواد التي قدمها صاحب الأمر ، أو في الأرض التي يراد إقامة بنيان أو غيره عليها ، عيباً أو نقائص من شأنها أن تحول دون إجراء العمل على ما يرام ، وجب على الصانع أن يخبر فيها صاحب الأمر بلا إبطاء . وإذا لم يفعل كان مسئولاً عن الضرر الذي ينجم عنها ، ما لم تكن من قوع لا يتسبب عنه لحمل مثله أن يبررها » .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٤٢٩ .

(٣) قانون مازو ٣ فقرة ١٣٥٠ ص ١١١٦ - محمد لبيب فليب فقرة ٧٨ ص ٩٨ .

٤٢ - مسؤولية المفاوض عن خطأه وعن خطأ تابعيه : ويخلص مما تقدم أن المفاوض يكون مسئولاً عن خطأه مسؤولية عقدية . ويثبت في جانبه الخطأ ، فتتحقق مسؤوليته ، إذا هو خالف الشروط والمواصفات المتفق عليها ، أو انحرف عن أصول الفن وتقاليده الصنعة وعرفها ، أو أساء اختيار المادة التي قدمها من عنده ليستعملها في العمل ، أو نزل عن عناية الشخص المعتاد في المحافظة على المادة التي قدمها له رب العمل ، أو ثبت عدم كفايته وقصوره الفني ، ويوجه عام إذا هو خالف واجباً من واجباته التي فصلناها فيما تقدم . فإذا ثبت خطأه على هذا النحو ، وكان هو الذي قدم المادة ، فصاعت أو تلفت بسبب خطأه ، تحمل هو الخسارة ، فلا يرجع على رب العمل لقيمة المادة التي ضاعت أو تلفت ولا بأجر العمل . بل يكون فوق ذلك مسئولاً عن تعويض رب العمل عما أصابه من الضرر بسبب إخلاله بالتزاماته على النحو الذي سفيته فيما يلي . وإذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة ، وجب عليه أن يعرضه قيمتها ، ولا يرجع عليه بأجر العمل ، ويكون فوق ذلك مسئولاً عن التعويض كما سبق القول . وليس في كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة^(١) . أما إذا حدث الضياع أو التلف بعد أن أعلن المفاوض رب العمل لتسلم العمل ، فإن مسؤولية المفاوض تنتفي ، ما لم يثبت رب العمل أن الضياع أو التلف كان بسبب خطأ المفاوض^(٢) .

(١) قفص فرنسي ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ دالغوز ١٩٢٥ - ١ - ٢١ - بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ - وقد أورد تقنين الموجبات والمفود البتاني نصوصاً في هذا المعنى . فنصت المادة ٩٣٦ منه على ما يأتي : « إن مؤجر العمل أو الخصة لا يكون مسئولاً عن خطأه فقط ، بل يسأل أيضاً عن إهماله وقلة تبصره وعدم جدارته . ولا مفعول لكل اتفاق مخالف » . ويلاحظ أن مسؤولية المفاوض عقدية ، فالنص على عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من هذه المسؤولية . ونصت المادة ٩٣٧ من نفس التقنين على ما يأتي : « إن المؤجر يكون مسئولاً أيضاً عن الضرر الذي ينجم من إخلاله بتنفيذ التعليمات التي تلقاها ، إذا كانت صريحة ولم يكن لديه سبب كاف في عدم حراستها . أما إذا كان لديه مثل هذا السبب ولم يكن ثمة خطر في التأخير ، فيلزمه أن يبينه صاحب الأمر وينظر منه تعليمات جديدة » .

(٢) قفص فرنسي ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٧ دالغوز ١٩٠١ - ١ - ٧٥ - بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ ص ١٦٧ - وإذا أمن المفاوض على الشيء من الضياع أو التلف ، فإنه يلحق مبلغ التأمين الذي يقبضه من الشركة لرب العمل ، ويكون هذا الأخير ملزماً حينذاك بدفع -

وإذا استعان المفاوض بشخص يساعده في إنجاز العمل ، أو استخدمه في ذلك ، فإنه يكون مسؤولاً عنه مسئولية المتبوع عن التابع . ولكن المسئولية هنا ليست مسئولية تقصيرية ، بل هي مسئولية عقدية^(١) . ويكون المفاوض مسؤولاً أيضاً قبل رب العمل عن المفاوض من الباطن ، ولو أن هذا الأخير غير خاضع لتوجيه المفاوض أو إشرافه ، بل يعمل مستقلاً عنه فلا يعتبر تابعاً له ، وقد نصت المادة ٢/٦٦١ مدني صراحة على ذلك إذ تقول : « ولكنه (المفاوض) يبقى في هذه الحالة مسؤولاً عن المفاوض من الباطن قبل رب العمل »^(٢).

٤٣ - عزم التأخر في إنجاز العمل : ويلتزم المفاوض كذلك بأن ينجز

= الأجر (بلاتويل وريير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ ص ١٦٧ هامش ٢ - باريس ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١١ - ٥ - ٥) .

(١) انظر في هذا المعنى أوبري ورواست ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٢ - وانظر عكس ذلك وأن المسئولية مسئولية تقصيرية فيجب أن تتوافر فيمن يستخدمه المفاوض شروط التابع في المسئولية التقصيرية : بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٥٩ - بلاتويل وريير ورواست ١١ فقرة ٩٣٠ .
(٢) انظر عكس ذلك بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٦٨ - بلاتويل وريير ورواست ١١ فقرة ٩٣٠ (ومع ذلك يلعب هؤلاء الفقهاء إلى أن المفاوض يكون مسؤولاً عن المفاوض من الباطن إذا ترك رب العمل يعتقد أن المفاوض من الباطن مستخدم منه أو أنه وكيله - انظر في هذا المعنى أيضاً هيك ١٠ فقرة ٤٣٢) .

وقد نصت المادة ٦٣٨ من تقنين الموجبات والالتزامات في هذا الصدد على ما يأتي :
« يكون المفاوض مسؤولاً عن عمل الشخص الذي يقيمه مقامه أو يستعمله أو يستعين به كما يسأل من عمل نفسه - غير أنه إذا اضطرب بسبب ماهية العمل إلى الاستماتة بأشخاص آخرين ، فهو لا يتحمل تبعة ما ، على شرط أن يقيم البرهان : أولاً - على أنه بذل كل العناية اللازمة في اختيار عماله وفي مراقبتهم . ثانياً - على أنه استغنى ما في وسعه ليحول دون التخلّف عن إجراء الموجب ويتلافى نتائج الضرر » .

وبدعي أنه إذا انتضت مسئولية المفاوض من الباطن نحو المصائب ، انتضت تبعاً لذلك مسئولية المفاوض الأصل من المفاوض من الباطن . وقد قضت محكمة النقض بأن المفاوض من الباطن يعتبر من أصحاب العمل في القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ الخاص بإسبايات العمل . وإذن فملانة المفاوض من الباطن بالعامل المصاب إذا كان من أعضاء أسرته الذين قد يلزم بأن يعولم لا تخضع لأحكام هذا القانون بمقتضى المادة الثانية منه ، وبالتالي لا تخضع لهذه الأحكام ملانة المفاوض الأصل بللمالك العامل ، إذ القانون في هذه الحالة لا يجعل المفاوض الأصل مسؤولاً إلا على أجراءه مجرّه ضمان من الباطن ، وبناء على ذلك فإنه كلما كانت المسئولية من المفاوض من الباطن مستغنية للقرابة ، فإنه مسئولية المفاوض الأصل تكون لا محل لها (نقض مدني ١٣ يونيو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٨ ص ٢٤٥) .

العمل في المدة المتفق عليها . فإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة ، فللواجب أن ينجزه في المدة المعقولة التي تسمح بإنجازه نظراً لطبيعته ومقدار ما يقتضيه من دقة وحسب عرف الحرفة وما يعرفه رب العمل من مقدرة المقاول ووسائله^(١).

والالتزام بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها أو في المدة المعقولة الزام بتحقيق غاية ، وليس التزاماً ببذل عناية . فلا يكفي ، لإعفاء المقاول من المسؤولية عن التأخر ، أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد في إنجاز العمل في الميعاد ولكنه لم يتمكن من ذلك^(٢) . بل يجب عليه ، حتى تثنى مسؤوليته ، أن يثبت السبب الأجنبي . فإذا أثبت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو فعل الغير ، انقضت علاقة السببية ولم تتحقق مسؤوليته . ويجب ألا تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مسبباً مطلقاً عن الخطأ منه ، وإلا كان مسئولاً بقدر هذا الخطأ^(٣) .

وقد قضى بأن برودة الطقس في الشتاء لا تعد قوة القاهرة ، لأنها أمر متوقع^(٤) . كذلك تثنى مسؤولية المقاول عن التأخر في إنجاز العمل ، إذا كان هذا التأخر واجباً لخطأ رب العمل . فإذا تأخر رب العمل في تقديم المادة التي تعهد بتقديمها ، وكان هذا التأخر سبباً في تأخر المقاول في إنجاز العمل ، لم يكن هذا الأخير مسئولاً^(٥) . كذلك إذا تأخر رب العمل عن دفع أفساط الأجرة المستحقة للمقاول في مواعيدها حتى يتمكن هذا من إنجاز العمل ، فترتب على هذا التأخر تأخر المقاول في إنجاز العمل في ميعاده ، لم يكن هذا الأخير

(١) بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦١ - محمد ليب شنب فقرة ٧٥ ص ٩٣ .

(٢) حتى لو أثبت أن المدة المحددة لم تكن كافية أصلاً لإنجاز العمل ، إذ أنه يكون مغطى لقبول الالتزام بإنجاز العمل في هذه المدة غير الكافية (بودرى وقال ٢ فقرة ٢٨٩٧ ص ١٠٨٤ - أنيسكلويدى في دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ٤٧ - محمد ليب شنب فقرة ٧٥) .

(٣) نقض فرنسي ٣ يولي سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ - ١ - ٥٩٤ - بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٠٠ - بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦١ - أنيسكلويدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ٥٠ .

(٤) رن ٥ يولي سنة ١٨٧١ سريه ٧٢ - ١ - ١٧٥ - بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ - أنيسكلويدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ٥٣ .

(٥) بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦٢ - محمد ليب شنب فقرة ٧٥ ص ٩٣ .

مسئولا عن التأخر^(١) . وإذا طلب رب العمل تعديلات لم يكن متفقاً عليها من قبل ، فتسبب عن ذلك أن تأخر المقاول في إنجاز العمل في ميعاده ، لم يكن هذا الأخير مسئولاً عن التأخر مادام قد أنجز التعديلات في ميعاد معقول^(٢) .

المطلب الثاني

جزاء الإخلال بالتزام إنجاز العمل

٤٤ — تطبيق القواعد العامة : إذا أخل المقاول بالتزامه من إنجاز العمل على التفصيل الذي قدمناه ، فخالف مثلاً الشروط والمواصفات المتفق عليها ، أو انحرف عن أصول الفن ، أو أظهر قصوراً في كفايته الفنية ، أو أساء اختيار المادة التي يستخدمها في العمل ، أو نزل عن حناية الشخص المعتاد في تنفيذ التزامه ، أو تأخر في إنجاز العمل دون أن يثبت السبب الأجنبي ، فإن مسؤوليته تتحقق كما قدمنا . ويكون لرب العمل في هذه الحالة ، تطبيقاً للقواعد العامة ، إما أن يطلب التنفيذ العيني وإما أن يطلب التسخ ، مع التوفيق في الحالتين إن كان له مقتضى^(٣) . ويجب أن يعلم رب العمل المقاول ، كما تقتضى القواعد العامة .

فيطلب رب العمل التنفيذ العيني ، بشرط أن يكون ذلك لا يزال ممكناً .

(١) نقض فرنسي ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ سريه ١٩١٤ (Bull. somm.) ١ - ١٩ - بلانيول وريبير ورواست ١١قرة ٩٢٤ ص ١٦٢ - أنسيلكويدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. ٥٠قرة ٥٠ .

(٢) نقض فرنسي ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٩ - ١ - ٣١ - بودري وثال ٢قرة ٢٨٩٩ - بلانيول وريبير ورواست ١١قرة ٩٢٤ ص ١٦٢ - أنسيلكويدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. ٥٠قرة ٥٠ - محمد ليبب شنب ٢قرة ٧٥ ص ٩٣ - وإذا توقف العمل في البناء مدة من الزمن بسبب خطأ رب العمل ، وتسبب عن هذا التوقف تأخر في إنجاز العمل ولو مدة أطول من مدة التوقف ، لم يكن للمقاول مسئولاً (استئناف مخطط ٥ نوفمبر سنة ١٩٤٢ ص ٥٥٠) .

(٣) وقد قضى بأن المقاول الذي تمهد باستعمال بئر الساقية لتشغيل طلمبة (pompe) ، فلم ينتج بسبب خطأ في تقدير صعوبة العمل ، يجب عليه أن يرد لرب العمل ما تقاضاه من أجر ، هذا إذا لم يكن هناك وجه الحكم عليه أيضاً بالتوفيق (استئناف مخطط ٢ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٢٣) .

فإن كان العمل المطلوب إنجازَه عملاً روعيت فيه شخصية المَقاول ، كعمل تصميم أو رسم لوحة أو تحت تمثال أو إجراء عملية جراحية ، وأصر المَقاول على الامتناع عن التنفيذ ، جاز لرب العمل الالتجاء إلى طريقة التهديد المالي إذا كانت هذه الطريقة مجدية^(١) ، وإلا لم يبق أمامه إلا الفسخ والتعويض . أما إذا كان العمل المطلوب إنجازَه ليس لشخصية المَقاول فيه اعتبار ، كإقامة بناء أو صنع أثاث أو تصليح ساعة أو ترميم منزل ، جاز لرب العمل أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام بواسطة مَقاول آخر على نفقة المَقاول الأول إذا كان هذا التنفيذ ممكناً^(٢) ، ويجوز في حالة الاستعجال ، كما هو الأمر في ترميم منزل آيل للسقوط ، أن ينفذ رب العمل الالتزام على نفقة المَقاول دون ترخيص من القضاء (م ٢٠٩ مدني)^(٣) .

وقد نختار رب العمل فسخ عقد المَقاولَة ، إذا كان الإخلال بالالتزام جسباً بحيث يبرر الفسخ^(٤) . وللقاضي ، طبقاً للقواعد العامة ، أن يجيب

(١) محمد ليب شطب فقرة ٦٩ ص ٨٩ .

(٢) جيواري ٢٢ فقرة ٨١٦ - بودوي وقال ٢ فقرة ٣٩٠١ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦٢ - أنسيكلوبيس دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ed. فقرة ٥٥ - ولكن لا يجوز لرب العمل ، إذا كان المَقاول هو الذي قدم المادة ولم يتم صنعها ، أن يتنزع من المادة لإصلتها لمَقاول آخر لإتمام صنعها ، لأن المادة قبل إتمام الصنع لا تزال ملكاً للمَقاول الأول ، فلا يجوز انتزاعها منه دون رضاه (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦٢) .

(٣) كما يجوز ذلك إذا اتفق الطرفان على أنه في حالة تأخر المَقاول يكون لرب العمل سحب العملية منه وإتمامها بواسطة غيره . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان المالك ، إذ تقضى برقضى الدعوى التي أقامها المَقاول - الطاعن - يطلب تعويض من استئجار المَطعون عليه أدواته والآلة بعد سحب العملية منه ، قد أقام قضاءه ، على أن المَطعون عليه إنما اضطر إلى سحب العملية منه بعد أن تأخر في تنفيذ ما أُلزم به رغم إنذاره أكثر من مرة بوجوب إنجاز العمل في الميعاد المتفق عليه ورغم إهماله في ذلك مراراً ، وأنه بعد أن سحب المَطعون عليه العملية منه واتمس الطاعن بالترخيص له في إتمام العمل في فترة حددها قبل المَطعون عليه التماسه على ألا يمد هذا التبول تنازلاً منه عن قرار السحب السابق ، وأن الطاعن استأنف العمل على هذا الأساس دون احتراشه من جانبهِ . وكان القصد المبرم بين الطرفين قد نص في بئد منه على أنه في حالة سحب العمل يكون المَطعون عليه الحق في سحب كل أو بعض الآلات والأدوات التي استعصرها الطاعن واستعملها في إتمام العمل دون أن يكون مسئولاً عن دفع أي أجر عنها ، فإن التمس على الحكم مخالفة قانون القصد والتقصير في التسيب يكون على غير أساس (نقض مدني ١٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٧ ص ٦٤٢) .

(٤) نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٩ ص ٧٨٨ .

رب العمل إلى القسح ، كما أن له أن يعمل المقاول حتى يقوم بتنفيذ التزامه ، كما أن للمقاول أن يعرض قبل التعلق بالقسح أن ينفذ التزامه فلا يحكم القاضي بالقسح ولكنه يقضى بالتعويض إن كان له عمل ^(١) .

وسواء طلب رب العمل التنفيذ العيني أو القسح ، كان له أن يطلب تعويضاً عن الضرر الذي أصابه من جراء إخلال المقاول بتنفيذ التزامه ، وذلك طبقاً للقواعد العامة ^(٢) . وصورة من صور التعويض مقرراً بالقسح هي أن يترك رب العمل الشيء المصنوع للمقاول (laisse pour compte) ، وإذا كان هذا أخل بالشروط والمواصفات المتفق عليها ، فلا يقبله منه ولا يعطيه عنه أجراً ، بل يسترد منه قيمة المادة إذا كان هو الذي قلمها ، مع تعويض عما عسى أن يكون قد أصابه من ضرر آخر ^(٣) . وقد يكون هناك شرط جزائي متفق عليه ، فتسرى أحكامه ^(٤) ، ويجوز تخفيضه إلى مقدار ما تحقق من الضرر ،

(١) وقد يشترط رب العمل أن له الحق في فسح العقد إذا رأى أن المقاول متأخر في إنجاز ، في هذه الحالة يكون تقدير التأخر في إنجاز العمل موكولاً إلى رب العمل ، إلا إذا تصف في هذا التقدير ، وحل المقاول يقع عبه إثبات هذا النقص (استئناف مخطوط ١٧ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٥٦) .

(٢) وقد قضى بأنه إذا تأخر المهندس في إصدار الرسومات اللازمة لعمل معين ، وترتب حل هذا التأخر أن حرم رب العمل من جائزة كان يحصل عليها لو أن المهندس وفى بالتزامه ، كان هذا الأخير مسئولاً عن هذا الضرر (جريتول ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ دالوز ١٩٥٦ - ٤٩٦ - محمد ليب شب فقرة ٧٥ ص ٩٣ حاش ٢) .

وقد يكون الضرر أدياً غير مادي ، ومع ذلك يجب التعويض عنه . وقد قضت محكمة استئناف حصر بأنه إذا تبهر مقاول لوزارة الأوقاف بإصلاح دورة مياه مسجد تابع لها ، وتأخر في ذلك ثم لم يتم إلا بإبطه ، لاشك يعتبر الضرر متوافراً ، لأن الوزارة مسئولة عن إقامة الشمار ، والتأخير الذي أغلته من المتعهد ضارفا لعدم التأخير يصبح حقاً مكتسباً ما كما أدرك في المتعهد (استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المجلد ٢١ رقم ٢٥٨ ص ٥٧٥) .

(٣) نقض فرنسي ٣ يولي سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١١٠ - يبدان ١٢ فقرة ١٩١ مكررة - بلانويك وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦١ - أنسيكلوبي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٥ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان العقد المبرم بين الطرفين قد أوجب في بته منه حل المقاول - الطامن - أن يفي بجميع العمل المنوه منه في العقد في الوقت المتفق عليه ، وإلا كان للطامون عليه توقيع الغرامات حسب الفئات المنصوص عليها في ذلك البند ، وأن هذه الغرامات توقع بمجرد حصول التأخير . وكان الطامن قد تأخر في هو العمل في الميعاد المتفق عليه أولاً في

كما يجوز الإعفاء منه إذا لم يقع ضرر أصلاً^(١) .

وليس رب العمل مضطراً إلى الانتظار إلى نهاية المدة حتى يستعمل حقه على طلب التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض في الحالتين . بل إن له ، متى رأى منشد البداية أن المقاول يقوم بالعمل على وجه معيب أو مناف لشروط العقد أو أنه تأخر في البدء فيه أو تأخر في إنجازه على وجه لا يرجى معه مطلقاً أن ينجز العمل في الميعاد ، أن يتخذ من الإجراءات ما يكفل له توقيع الجزاء دون أن يمهل المقاول إلى نهاية المدة . وقد أورد التقنين المدني تطبيقاً لهذا المبدأ في حالة ما إذا ثبت أن المقاول يقوم بالعمل على وجه معيب أو مناف للعقد ، وأورد المشروع التمهيدى للتقنين المدني تطبيقاً آخر في حالة ما إذا تأخر المقاول بتأخر لا يرجى تداركه . ونستعرض كلا من هذين التطبيقين .

٤٥ - قيام المقاول بالعمل على وجه معيب أو مناف للعقد - نص

قانوني : تنص المادة ٦٥٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

١١ - إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد ، جاز لرب العمل أن ينلوه بأن يعدل من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له . فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة ، جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقاً لأحكام المادة ٢٠٩ .

« العقد ، ثم تباعاً في إنجازه رغم إهماله في إتمامه أكثر من مرة ، مما اضطر المطعون عليه إلى سحب العملية منه ، ثم قبل الطاعن الاستمرار في العمل على حسابه بعد قرار السحب المذكور ، فإن المطعون عليه يكون على حق في احتساب فرامة التأخير عليه (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٧ ص ٦٤٢) . ولكن إذا عمد رب العمل إلى تكليف مقاول آخر بإنجاز العمل بترخيص من القضاء ، فإن الضرر الذي يكون قد أصابه من تأخر المقاول الأول قد خف إلى درجة تبرر تخفيض الشرط الجزائي (استئناف مخطط ١٠ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٠٠) .

(١) محمد لبيب شنب فقرة ٧٥ ص ٩٤ - وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان الشرط الجزائي يحوي مبلغاً عظيم المقدار لا يتناسب مع قيمة المناولة ، فإن المقصود منه أن يكون تهديدياً لا جزائياً ، ليكون حافظاً للمقاول على أداء العمل المطلوب منه في مواعده (استئناف مصر ٩ يونيو سنة ١٩٤٥ الحاماة ٢١ رقم ١١٥ ص ٢٤٤) .

٢ - على أنه يجوز طلب فسخ العقد في الحال دون حاجة إلى تعيين أجل ، إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستجيلاً^(١) ويخلص من هذا النص أن رب العمل ، وإن لم يكن له حق الإشراف والتوجيه على المقاول إذ المقاول يعمل مستقلاً عن رب العمل وهذا هو الذي يميز المقاول

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٧١ من المشروع النهائي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين الملغى الجديد ، نياً عما أن المشروع النهائي كان يشتمل على فقرة ثالثة تجرى على الوجه الآتي : « أما إذا لم يكن من شأن العيب في طريقة التنفيذ أن يخلل إلى حد كبير من قيمة العمل أو من صلاحيته للاستعمال المقدر له ، فلا يجوز فسخ العقد » . وفي لجنة المراجعة خلقت هذه الفقرة الثالثة ، وأدخلت تعديلات لفظية على النص ، وصار رقمه ١٢٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٧ . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت. الفقرة الأولى تعديلاً من شأنه الإحالة إلى القواعد العامة التي تتضمنها المادة ٢٠٩ ملغى دفقاً لشبهة استحداث حكم جديد ، وأصبح رقم النص ٦٥٠ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلفظه (مجموعة الأعمال التصحيحية ٥ ص ١٦ - ص ١٩) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين الملغى القديم ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة . ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين الملغى السوري م ٦١٦ (مايق) .

التقنين الملغى الليبي م ٦٤٩ (مطابق) .

التقنين الملغى العراقي م ٨٦٩ (موافق) .

تقنين الموجهات والنقود اللبناني م ١/٦٦٤ : يجب على الصانع في جميع الأحوال أن يضمن العيوب والتناقض التي تنجم عن عمله .

م ٦٦٥ : يجوز لصاحب الأمر في الحالة المنصوص عليها في المادة السابقة أن يرفض المنتجوع . وإذا كان قد سلم إليه فيمكنه أن يرده في الأسبوع الذي يلي التسليم ، وأن يحدد للصانع مهلة كافية لإصلاح العيب أو لبد نقصان بعض الصفات إن كان هذا الإصلاح مستطاعاً . وإذا عسيت المهلة ولم يتم الصانع بواجبه ، كان لصاحب الأمر أن يختار أحد الأمور الآتية : ١ - أن يصلح المنتجوع على يد شخص آخر وعلى حساب الصانع إذا كان الإصلاح لا يزال ممكناً . ٢ - أن يطلب تخفيض الأجرة . ٣ - أو أن يطالب بفسخ العقد ويترك الشيء لحساب من ضمنه . ذلك كله مع الاحتفاظ بما يجب أداؤه عند الانقضاء من بدء العمل والفرور . وإذا كان صاحب الأمر هو الذي قدم المواد ، حق له أن يترجع قيمتها - إن أحكام المواد ٤٥٣ و ٤٥٤ و ٤٥٥ (ضمان العيب في البيع) تطبق على الأحوال المنصوص عليها تحت الرقمين ٢ و ٣ المتضمنين .

(والتقنين اللبناني يعرض حالة ما إذا كان هناك عيب في الصنعة وعرض الشيء على رب العمل لتسلمه ، ولكن يمكن أن يقاس على ذلك حالة ما إذا كان الشيء لا يزال في يد المقاول يعمل فيه على وجه عيب أو منقذ للعقد ، فلا ينتظر رب العمل حتى يعرض عليه الشيء ، بما له أن يبادر ويطلبه على المقاول أن يعدل من طريقة العمل) .

عن عقد العمل كما قلنا ، إلا أن رب العمل من حقه أن يتمهد العمل وهو في يد المفاوض ليراقب ما إذا كان يجري طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها وأن المفاوض ينفذ العمل طبقاً لأصول الصناعة وعرف أهل الحرفة . فليس رب العمل إذن ملزماً بالتريص حتى ينتهى العمل ويقدمه له المفاوض ، ليرى ما إذا كان هذا الأخير قد راعى الشروط والمواصفات وأصول الصناعة في عمله فيقبل العمل ، أو لم يراعها فيرفضه . والخير في أن يمكن رب العمل من مراقبة ذلك منذ البداية حتى يوفر على نفسه وعلى المفاوض ذاته الوقت والجهد والمشقة إذا تم العمل معيماً أو منافياً لشروط العقد ، ثم يرفضه بعد أن يكون قد تم . وهذا ضرب من الوقاية خير من رفض العمل بعد تمامه كعلاج لما فيه من نقص أو عيب .

فإذا لاحظ رب العمل أن مفاوض البناء ، وهو يقيم البناء ، قد أدخل بعض الشروط والمواصفات المتفق عليها بأن لم يدم مثلاً الأساس أو يصل به إلى العمق الكافي أو لم يجعل الحيطان في السمك المتفق عليه ، أو لاحظ أن النجار الذي يصنع الأثاث المطلوب لم يراع أصول الصناعة في صنع الوحدات الأولى من الأثاث أو استخدم خشباً في هذه الوحدات غير الخشب المتفق عليه أو من صنف أقل جودة ، فإن لرب العمل في هذه الحالة حتى التدخل لمنع المفاوض من المضي في عمله المعيب أو المنافي لشروط العقد . وهنا يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً . مثل ذلك أن يقيم مفاوض البناء المبنى ويعلو بالأدوار الأولى منه على خلاف المواصفات والتصميم الموكول إليه تنفيذه ، فعند ذلك لا يستطيع تدارك هذا هذا الخطأ ، إذ أن الأدوار التالية ستكون على غرار الأدوار الأولى معيبة ، فلا سبيل إلى إصلاح طريقة التنفيذ إلا بهدم البناء كله . وفي هذا الفرض يكون لرب العمل الحق منذ البداية أن يطلب فسخ العقد لخالفه المفاوض للشروط ، ولا حاجة به للتريص إلى أن يتم البناء معيماً ثم يطلب الفسخ بعد ذلك . وللقاضي حق التقدير ، فإذا رأى أن رب العمل على حق فيما يدعيه حكم بالفسخ وبالتعويض ، أما إذا رأى أن العيب يمكن تداركه فإنه يقضى على المفاوض بإصلاح العيب على نفقته .

(الفرض الثاني) أن يكون إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب ممكناً :

مثل ذلك أن يلقى مقاول البناء الأساس على عمق أقل من الواجب أو يقيم حافظ الدور الأول بسمك أقل من الواجب ، أو يبدأ الحائط صنع الثوب على خلاف ما اشترطه رب العمل . ففي هذا الفرض ، لما كان إصلاح طريقة التنفيذ ممكناً ، يجب على رب العمل أن يبدأ بإنذار المقاول بأن يصلح طريقة التنفيذ ، بأن يعمق الأساس أو يجعل الحائط في السمك الواجب أو يصلح العيب في صناعة الثوب . وليس له أن يبادر إلى طلب القسح ، مادام العيب ممكناً لإصلاحه . وقد يكون المقاول غافلاً عن العيب ، فيجب تنبيهه حتى لا يعمى في عمل معيب^(١) . ولا يشترط في الإنذار شكل خاص . فقد يصل الأمر من الخطر إلى حد أن يجد رب العمل من المناسب أن يوجه الإنذار على يد محضر ، كما إذا خالف المقاول المواصفات فلم يعمق الأساس كما ينبغي . وقد يكون الأمر من الحوادة بحيث يكفى التنبيه الشفوي ، كما إذا كان الحائط قد بدأ صنع الثوب معيباً . ويحدد رب العمل للمقاول أجلاً معقولاً يصلح فيه العيب . فإذا انصاع المقاول لتنبيه رب العمل ، وأصلح العيب في الأجل المحدد ، فإن له أن يعمى في العمل على الوجه الصحيح ، ولا سبيل عليه لرب العمل . أما إذا تازع المقاول فيما تقدم به رب العمل وادعى أن العمل غير معيب ، أو سلم بالعيب ولكنه لم يصلحه في الأجل المحدد ، فإن لرب العمل في الحالتين أن يرفع الأمر إلى القضاء دون أن ينتظر لإنجاز العمل على وجه معيب أو منافع للعقد ، أو دون أن ينتظر انتهاء الموعد المحدد لإنجاز العمل . ويطلب رب العمل إما القسح أو التنفيذ العيني ، طبقاً للقواعد العامة . فإن طلب القسح ، كان للقاضي أن يقدر ما إذا كان هناك محل لإجابة هذا الطلب فيقضى بالقسح وبالتعويض إن كان له محل على النحو الذي يسطناه فيما تقدم ، أو أنه لا محل لتسح العقد فيقضى على المقاول ، إذا رأى أن عمله معيب ، بإصلاح العيب على نفقته وبالتعويض إن كان له محل . وإن طلب رب العمل التنفيذ العيني ، ورأى القاضي أنه يحق في ادعائه أن العمل معيب ، قضى في المقاول بإصلاح العيب . ولرب العمل

(١) فإذا أهمل رب العمل في تنبيه المقاول إلى ما في العمل من عيب ، أو تمتد أن يسكت إلى أن يتم العمل معيباً ، فإنه يكون قد أدخل بواجبه من التعاون مع المقاول في تنفيذ المأولة ، كما تقتضي القواعد العامة في تنفيذ العقود ، ومن ثم لا يستحق تعويضاً عن الضرر الذي كان يمكن أن يتجنبه لو أنه أخطر المقاول بما في عمله من عيب في الوقت المناسب (دائيد رسالته في عقد الاستعانة ص ٨٢ - محمد لبيب شب فقرة ٧٢) .

في هذه الحالة أن يطلب من القضاء ترخيصاً في إصلاح العيب أو في إنجاز العمل كله على الوجه الصحيح ، بواسطة مقال آخر على نفقة المقال الأول إذا كان هذا ممكناً ، وذلك تطبيقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٢٠٩ مدني . ولرب العمل أن يطلب فوق ذلك الحكم على المقال بالتعويض إن كان له محل . وقد يكون العمل مستعجلاً لا يحتمل الإبطاء المترتب على رفع الأمر إلى القضاء ، كما إذا كان الأمر متعلقاً بترميم منزل آيل للسقوط^(١) ، ففي هذه الحالة أجازت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٩ مدني لرب العمل أن يلجأ إلى مقال آخر يقوم بالعمل على الوجه الصحيح على نفقة المقال الأول ، وذلك دون ترخيص من القضاء ، وللقاضي بعد ذلك أن يبت فيا إذا كان رب العمل على حق فيما فعل .

٤٦ - تأخر المقال تأخراً لا يبرحى تراك : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني يشتمل على نص هو المادة ٨٧٠ من هذا المشروع ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « إذا تأخر المقال في أن يبدأ العمل أوفى أن يتجزه تأخراً لا يبرحى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام بالعمل كما ينبغي في المدة المتفق عليها ، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم » . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص : « اقتبس المشروع هذا النص عن تقنين الالتزامات السويسري (م ٣٦٦ فقرة أولى) والتقنين البولوني (م ٨٨٤) والتقنين التونسي (م ٨٧٠) والتقنين اللبناني (م ٦٦١) . وهو يجيز لرب العمل فسخ العقد إذ تأخر المقال في إنجاز العمل تأخراً لا يبرحى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام به في المدة المتفق عليها . والتقنين الألماني (م ٦٣٦) يقصر هذا الجزاء على حالة عدم احترام الأجل المتفق عليه ، أما المشروع فهو يجيز الفسخ حتى قبل مرور الأجل إذا تبين أنه لا أمل مطلقاً في إنجاز العمل في المدة المتفق عليها . وقد أخذ التقنيتان اللاتينى والجرماني هذا المبدأ عن التقنين الانجلوسكسوني ، وخاصة عن التشريع الأمريكي المنظم لأحكام العقود الصادر في سنة ١٩٣٣ ، وهو يسمح بطلب التسخ مقدماً إذا تأخر المقال في تنفيذ التزامه للدرجة يصبح معها ثابتاً أو محتملاً جداً أنه لن يتمكن من إنجازه في الميعاد فيكون بذلك قد أدخل مقدماً بالتزامه . وهذا الحكم (١) أو إلتزام جتاح في معرض حل وشك الانتفاع (محمد ليب شطب فقرة ٧٢ ص ٩٧) .

يخالف القواعد العامة ، التي لا تحجز طلب الفسخ إلا إذا حصل الإخلال بالالتزام فعلاً . وقد حذف النص في لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة » (١) .

والنص المحذوف يعرض للصورة العملية الآتية : يتفق مؤلف مع مطبعة على أن تنجز طبع مؤلفه في ميعاد معين ، أو يتفق عارض مع مقال على أن ينجز صنع أشياء لعرضها في معرض معروف تاريخ افتتاحه فيكون هناك اتفاق ضمني على أن المقال ينجز العمل قبل افتتاح المعرض . وتأخر المطبعة أو يتأخر المقال ، إما في البدء بالعمل وإما في إنجازه بعد البدء فيه ، بحيث يتبين جلياً ، قبل حلول الميعاد المتفق عليه صراحة أو ضمناً ، أن المطبعة أو المقال لن يتمكن من إنجاز العمل في الميعاد . وليس من الضروري أن يكون هناك ميعاد متفق عليه صراحة أو ضمناً ، فقد لا يكون هناك اتفاق على ميعاد معين ولكن المقال يتأخر في البدء في تنفيذ العمل أو في إنجازه بعد البدء فيه بحيث يتبين في جلاء أنه لن يتمكن من إنجاز العمل في المدة المعقولة التي تحددها طبيعة العمل وعرف الصناعة وقدرة المقال (٢) . ففي جميع هذه الأحوال يظهر جلياً أن المقال — كما تقول المذكرة الإيضاحية فيها قدمناه — قد أدخل مقدماً بالتزامه . فيجوز إذن لرب العمل ألا ينتظر حلول الأجل المتفق عليه أو الأجل المعقول ، ويبادر منذ أن يتبين استحالة إنجاز العمل في الميعاد إلى طلب فسخ العقد . وله مصلحة ظاهرة في ذلك . فهو لو انتظر حلول الميعاد ، فالعمل لن يكون قد تم ، ويتكلف من المشقة والضرر ما يجعله يطالب المقال بالتعويض ، فالأولى أن يبادر إلى طب الفسخ فيجنب المقال التعويض إلا بقدر ما لحقه من الضرر عند طلب الفسخ ، ويجنب نفسه تأخيراً أكبر فيما لو انتظر حلول الميعاد . ومن ذلك يتضح أن طلب الفسخ هو في مصلحة كل من الطرفين ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٤ في الهامش — وقد ورد في التفتين اللغوي المراق نص مائل ، فقد نصت المادة ٨٦٨ من هذا التفتين على أنه « إذا تأخر المقال في الابتداء بالعمل أو تأخر من إنجازه تأخيراً لا يرجي منه مطلقاً أن يستكمل من القيام به كما ينبغي في المدة المتفق عليها ، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم » . ونصت المادة ٦٦١ من تفتين الموجبات والمقود البناني على أنه « يحق لصاحب الأمر أن يطلب حل العقد بعد إنذار الصانع : أولاً — إذا تمالى الصانع في تأجيل الابتداء بالعمل لتبرير مشروع . ثانياً — . . . » (٢) انظر آنفاً فقرة ٤٣ .

ورب العمل والمقاول معاً . وإذا شئنا أن نستند إلى نص ، أمكن أن نقرب هذه المسألة من المسألة التي عرضت لها الفقرة الثانية من المادة ٦٥٠ مدني حين تقول : « على أنه يجوز طلب فسخ العقد في الحال دون حاجة إلى تعيين أجل ، إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً »^(١). ففي الحالتين ارتكب المقاول خطأ لا يمكن تداركه ، فهو إما أن يكون قد نفذ العمل تنفيذاً صحيحاً لا يمكن تداركه ، وإما أن يكون قد تأخر في البدء به أو تأخر في إنجازهِ بحيث لا يمكن إنجازهِ في الميعاد فيكون التنفيذ هنا أيضاً مشوباً بعيب لا يمكن تداركه . وقد رأينا أن هناك نصاً صريحاً (٢/٦٥٠م مدني) في إحدى الحالتين يجوز لرب العمل أن يطلب الفسخ فوراً ، فتقاس على هذه الحالة الحالة الأخرى . لذلك يبدو لنا أنه ليس دقيقاً ما ورد في المذكرة الإيضاحية من أن الحكم الوارد في النص المحذوف يخالف القواعد العامة التي لا تجيز طلب الفسخ إلا إذا حصل الإخلال بالالتزام فعلاً . فإن الإخلال بالالتزام قد حصل مقدماً وعلى وجه محقق ، كما تقول المذكرة الإيضاحية نفسها . وحذف النص في لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة » لا يمنع في نظرنا من تطبيقه بالرغم من حذفه ، إذ هو في الواقع متفق مع القواعد العامة كما رأينا . وقد صيغت لهذه الحالة ونظائرها نظرية الجحود المبسر ، وهي نظرية تدخل في نطاق القواعد العامة^(٢).

(١) انظر أيضاً فقرة ٤٥ .

(٢) داليد في رسالته في عقد الاستصناع ص ٨٤ - ص ٨٥ - محمد لبيب شنب فقرة ٧٦ - وانظر له أيضاً بحثاً في نظرية الجحود المبسر (anticipatory repudiation of contract) دراسة في القانون الأمريكي مقارنة بالقانونين الفرنسي والمصري في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الثالثة ص ٢٥٧ وما بعدها والسنة الثالثة ص ١٣٩ وما بعدها . ولا يقتصر الأمر ، طبقاً لنظرية الجحود المبسر ، على حالة تأخر المقاول في البدء بالعمل أو في إنجازهِ ، بل يتناول أيضاً حالة ما إذا صرح المقاول أنه لن ينفذ العمل أو اتخذ مسلكاً يُم من هذه النية أو أتى بفعل من شأنه أن يجعل تنفيذ التزامه مستحيلاً . ويفضّر الأستاذ محمد لبيب شنب لذلك مثلاً : « تماقت فرقة تمثيلية مع صاحب مسرح على تقديم بعض الروايات على مسرحه في خلال أسبوع معين ، وقبل حلول هذا الأسبوع تماقت مع صاحب مسرح آخر على التمثيل في خلال الأسبوع نفسه . ففي هذه الحالة يجوز لرب العمل وهو صاحب المسرح أن يعتبر هذا الممثل جعوراً من الفرقة ، وأن يفسخ العقد دون انتظار لحلول الموعد المحدد لتنفيذ العقد ، وذلك ينتج له أن يتماقت مع فرقة أخرى ، وهو بما يكفل له ألا يبقى مسرحه بلافرقة وهو ما يحدث له لو انتظر حلول موعد التنفيذ الأول » (محمد لبيب شنب فقرة ٧٧) .

المبحث الثاني

تسليم العمل

٤٧ - وجوب التسليم والجزاء على المدين على هذا الواجب : نعرض في هذا المبحث لمسئلتين : (١) وجوب التسليم ، فبين المهل الذي يقع عليه التسليم ، وكيف يكون التسليم ، ومتى ، وأين . (٢) الجزاء على الإخلال بواجب التسليم من تنفيذ عيني أو فسخ مع التعويض في الحالتين ، ويدخل في ذلك بحث من يتحمل تبعه استحالة التسليم لسبب أجنبي .

المطلب الأول

وجوب التسليم

٤٨ - المهل الذي يقع عليه التسليم . المهل الذي يقع عليه التسليم هو العمل المطلوب إنجازه . فإذا كان المقاول هو الذي قدم المادة ، وجب عليه تسليمها مصنوعة من النحو المتفق عليه . أما إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة ، فإن المقاول يلتزم بردها بعد أن يجري فيها العمل المطلوب من تحويل أو تحسين أو تصليح ، وهو في ذلك إنما يرد لرب العمل ملكه إذ ملكية الشيء لا تزال باقية لرب العمل . وهو في الحالتين يسلم العمل بموجب التزام في ذمته بالتسليم ناشئ من عقد المقاولة . ويمكن أيضاً ، في الحالة الأولى ، أن يلتزم بالتسليم فيما يتعلق بالمادة التي قلمها بموجب التزام البائع بتسليم المبيع ، إذ قلنا أن العقد يكون في هذه الحالة مزيجاً من المقاولة والبيع^(١) . أما في الحالة الثانية ، إذا قدم رب العمل المادة ، فإن المقاول يلتزم أيضاً بردها بموجب دعوى استرداد^(٢) ، إذ رب العمل يبق مالكا للمادة كما قلنا .

ويلتزم المقاول فوق ذلك برد ما بقى من المادة التي قلمها رب العمل ، فقد رأينا الفقرة الأولى من المادة ٦٤٩ مدني تقضي بأنه : «إذا كان رب العمل

(١) انظر. آلفا فقرة ٤٠ - وقارن محمد كامل مرمر فقرة ٥٨٢ .

(٢) انظر في ذلك بلانويول وريبير ودواست فقرة ٤٢٥ نص ١٦٢ .

هو الذى قدم المادة ، فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعى أصول الفن فى استخدامه لها ، وأن يودى حساباً لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقى منها^(١) . كذلك يلتزم المقاول برد ما تسلمه من رب العمل من تصميم ورسومات ونماذج ورخص (كرخصة البناء فى مقولة البناء) ومستندات مثبتة للملكية (ملكية الأرض التى يقام عليها البناء) وأدوات ومهمات يكون قد تسلمها من رب العمل ، ولم تعد الحاجة تدعو لاستبقائها عنده بعد أن أنجز العمل^(٢) .

٤٩ - كيف يكون التسليم : يكون التسليم بوضع العمل تحت تصرف رب العمل بحيث يتمكن هذا من الاستيلاء عليه والانتفاع به دون عائق ، ولا يشترط أن يضع رب العمل يده فعلاً على العمل فإن هذا هو التسليم لا التسليم وهو واجب على رب العمل لا المقاول .

وتختلف طريقة التسليم باختلاف العمل . فالحائك يسلم الثوب المصنوع إلى رب العمل بدأً بيد ، وكذلك التجار والسباك والصائغ وغير هؤلاء من أرباب الحرف والصناعات . ومقاول البناء يسلم البناء بالتخلى بينه وبين رب العمل ووضعه إياه تحت تصرفه بحيث يتمكن رب العمل من الاستيلاء على البناء والانتفاع به كما سبق القول ، وقد يتم ذلك بتسليم مفاتيح البناء إلى رب العمل . والمقاول الذى قام بصنع شيء أو تحويله أو تحسينه أو بإصلاحه يسلمه إلى رب العمل بوضعه إياه تحت تصرفه على النحو سالف الذكر . وإذا قام المقاول بعمل لا ينقل حيازة الشيء من رب العمل ، كالسباك يصلح مواسير المياه والدهان يدهن الحيطان ، فإن التسليم يكون بتخلى السبيل أمام رب العمل لينضع بالشيء الذى تم العمل فيه .

٥٠ - متى يكون التسليم - هو المقاول فى مبنى العمل : يكون التسليم فى الميعاد المتفق عليه لإنجاز العمل ، فإذا لم يكن هناك ميعاد متفق عليه فى الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقاً لطبيعته ولعرف الحرفة^(٣) . وعلى كل

(١) انظر آلفاً فقرة ٤١ .

(٢) هيك ١٠ فقرة ٤١٨ - يودى وقال ٢ فقرة ٣٩٦٦ - بلانويول وريير ورواست

١١ فقرة ٩٢٥ ص ١٦٣ .

(٣) انظر آلفاً فقرة ٤٣ .

حال يكون التسليم بمجرد إنجاز العمل ، ما لم يتفق على ميعاد آخر . وقد يستخلص هذا الاتفاق من الظروف ، فالشيء المصنوع لتقدمه في مسابقة أو لمرضه في معرض يكون ميعاد تسليمه قبل حلول موعد المسابقة أو قبل حلول افتتاح المعرض^(١) .

وقد يحل ميعاد التسليم ، ويكون للمقاول أجر مستحق في ذمة رب العمل . ففي هذه الحالة يجوز للمقاول أن يحبس العمل حتى يستوفى أجره ، وذلك طبقاً للقواعد العامة في الحبس (م ٢٤٦ مدني) وفي الدفع بعدم التنفيذ (م ١٦٦ مدني) . ويتقضى حق الحبس إذا استوفى المقاول أجره ، أو إذا قام رب العمل بتقديم تأمين كاف للوفاء بالأجر (م ١/٢٤٦ مدني) . والحق في الحبس لا يقتصر على الأشياء التي صنعها المقاول بمادة من عنده ، بل يتناول أيضاً كل ما سلمه رب العمل من مادة لاستخدامها في إنجاز العمل ومن أدوات ومهمات ومستندات ووثائق ورسوم ونماذج وتصميمات وغير ذلك مما يكون رب العمل قد سلمه للمقاول لإنجاز العمل^(٢) . ولكن إذا اقتصر عمل المقاول على شيء ظل في حيازة صاحبه ، كالسباك يصالح مواسير المياه والمقاول يخفر مكاناً أو يردم حفرة أو يهدم حائطاً ، فليس للمقاول الحق في حبس المكان الذي عمل فيه حتى يستوفى الأجر^(٣) ، لأن هذا المكان لم يخرج من حيازة صاحبه حتى يمكن حبه عنه . وللمقاول الاحتجاج بحق الحبس في مواجهة رب العمل وخلفه العام وخلفه الخاص وفي مواجهة دائني رب العمل العاديين والمتأخرين^(٤) .

٥١ - أبو بكره التسليم : يكون التسليم في المكان المتفق عليه . فإن لم يكن هناك اتفاق ، ففي المكان الذي يحدده عرف الصنعة . وإذا كان العمل واقعاً على عقار ، كان التسليم في مكان العقار . أو إذا كان واقعاً على منقول بقي في حيازة رب العمل ، فإن التسليم يكون في مكان وجود المنقول ، فإذا

(١) محمد ليب شنب فقرة ٨١ .

(٢) دلفو فقرة ١٤٢ ص ١٢٨ - محمد ليب شنب فقرة ٨٣ ص ١٠١ .

(٣) استئناف مخطط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٤ - محمد ليب شنب فقرة ٨٣ ص ١٠١ .

(٤) استئناف مخطط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٣ - محمد ليب شنب فقرة ٨٣ ص ١٠٢ .

انتقلت حيازة المقول إلى المقاتل ، ولم يكن هناك اتفاق أو عرف ، وجب الرجوع إلى القواعد العامة ويكون التسليم في موطن المقاتل أو يكون في المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله لأن العمل الذي تم بدخل عادة ضمن هذه الأعمال لأنه هو المدين بالتسليم (م ١/٣٤٧ مدني)^(١) .

المطلب الثاني

جزاء الإخلال بواجب التسليم

(تحمل التبعة)

٥٢ — يطبق القواعد العامة : إذا لم يتم المقاتل بتسليم العمل كاملاً في الزمان والمكان الواجب تسليمه فيهما ، فإنه يكون قد أدخل بالتزامه بالتسليم . ويكون لرب العمل ، وفقاً للقواعد العامة ، طلب التنفيذ العيني أو طلب الفسخ مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض . ويجب على رب العمل في جميع الأحوال أن يبدأ أولاً بأن يعلن المقاتل بالتسليم .

ويطلب رب العمل التنفيذ العيني ، فيجبر المقاتل على التسليم إذا كان هذا ممكناً . وإذا كان التسليم يقتضي تدخل المقاتل شخصياً ، جاز الالتجاء إلى طريقة التهديد المالي . وإذا كان يمكن الحصول على مثل الشيء ، جاز لرب العمل أن يحصل عليه على نفقة المقاتل^(٢) ، بعد استئذان القضاء أو دون استئذانه في حالة الاستعجال . ولا يجبر المقاتل على التسليم إذا كان العمل فنياً ورأى حتى بعد أن آمنه أنه غير راض عنه كعمل فني أو أدبي وأن تسليمه على الوجه الذي هو عليه يضر بسمعته الفنية أو الأدبية ، فإن تقدير ذلك أمر شخصي موكل إلى رأيه هو ، وفي هذه الحالة لا يبقى أمام رب العمل إلا طلب التعويض أو طلب الفسخ مع التعويض^(٣) .

(١) محمد لبيب شنب فقرة ٨٢ .

(٢) دافيد رساله في عقد الاستعناع ص ١١٠ .

(٣) نفخ فرنسي ١٤ مارس سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٤٩٧ - باريس ١٩ مارس سنة ١٩٤٧ J.C.P. ١٩٤٧ - ٣٣٦٣ - بودري وقال ٢ فقرة ١٨٧ مكررة ثالثاً - بلانويل وريير ورواست ١١ فقرة ٩٢ ص ١٦٢ - أنيسكلويد دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. ٥٧ فقرة .

لكن إذا امتنع الفنان من تسليم عمله دون أن يعلن أنه غير راض عنه ، وكان امتناعه =

وقد يطلب رب العمل فسخ العقد ، وبخاصة إذا أصبح تسليم العمل مستحيلا ، فتراأ ذمته من دفع الأجرة ، ويرجع فوق ذلك تعويض عما أصابه من الضرر . وللقاضي تقدير وجاهة طلب الفسخ ، فقد يجد أن المقاول قد سلم أكثر العمل وأن ما بقي منه قليل الأهمية لا يبرر الفسخ ، وقد يرى أن يمهل المقاول حتى يقوم بالتنفيذ العيني ، وذلك كله طبقاً للقواعد العامة .

وسواء طلب رب العمل التنفيذ العيني أو الفسخ ، فإن له أن يطلب في الحالتين التعويض عما أصابه من الضرر من جراء إخلال المقاول بالتزامه . ولما كان التزام التسليم التزاماً بتحقيق غاية ، فإن مجرد عدم قيام المقاول بالتسليم يعتبر إخلالاً منه بالتزام . ولا حاجة لأن يثبت رب العمل خطأ في جانب المقاول ، فعلم التسليم ذاته هو الخطأ . ولا تنفي مسئولية المقاول إلا إذا أثبت السبب الأجنبي ، أو إلا إذا أثبت أن العمل قد هلك أو تلف وأنه بذل في المحافظة عليه عناية الشخص المعتاد لأن التزامه بالمحافظة على العمل التزام ببذل عناية . ويمكن لاتضاء المسئولية فيه أن يثبت أنه قد قام بالتزامه من بذل عناية الشخص المعتاد ^(١) . وفي غير هذه الحالة الأخيرة يجب على المقاول ، كما قلنا ، أن يثبت السبب الأجنبي لينفي عن نفسه المسئولية . فإذا كان الإخلال بالتزام هو مجرد التأخر في تسليم العمل بعد إعلار رب العمل المقاول بالتسليم ، كانت المقاول مسئولاً عن تعويض رب العمل عن هذا التأخر ، ما لم يثبت أن هذا راجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي كأن كانت طرق المواصلات قد تعطلت ^(٢) ، أو أن هذا راجع إلى فعل الغير ، أو إلى خطأ رب العمل نفسه

= قصت أولمناً في زيادة الأجر ، فإنه يجزى عن التسليم (بودى وقال ٢ فقرة ١٨٧ مكررة ثالثاً - قال في تعليقه في سريه ١٩٠٠ - ٢ - ٢٠١ - محمد ليبب شب فقرة ٨٥ ص ١٠٣ - انظر عكس ذلك باريس ٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ٢ - ٤٦٥) .

(١) قارن محمد ليبب شب فقرة ٨٧ ص ١٠٤ .

(٢) استئناف غخط أول مارس سنة ١٩١٢ م ٤٤ ص ٢٠٦ - ٥ - ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٤٨ ص ٤٩ - ٥ - نوفمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٥ - نقض فرنسي ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٩٦ - ١ - ٩٧ (توقفت الملاحه النهرية بسبب الجليد) - وإذا كان التأخر واجباً إلى صعوبة في الحصول على المواد اللازمة للعمل لتدورها أو لارتفاع الأسعار ، فإن هذا لا يعد قوة قاهرة ، ويبقى المقاول مسئولاً عن التأخر (استئناف غخط ١٣ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨١ - محمد ليبب شب فقرة ٨٧ ص ١٠٥) هذا والأشهاد التي سلمها رب العمل إلى المقاول لاستخدامها في العمل تعتبر أشياء قد سلمت =

كأن يكون هذا قد تأخر في تسليم المواد اللازمة للعمل أو في دفع الأقساط المستحقة أو أمر بإدخال تعديلات اقتضت هذا التأخر . أما إذا كان الإخلال بالالتزام هو عدم التسليم أصلاً ، فإن المَقُول لا يتخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي كما سبق القول . فإذا لم يثبت ذلك ، وجب عليه دفع التعويض كاملاً . أما إذا أثبت السبب الأجنبي ، فإن مسؤوليته تنقضي ، ويجب البحث فيما يتحمل التبعة في هذه الحالة ، وهذا ما ننقل الآن إليه .

٥٣ - **نَحْمَلُ تَبْعَ هَذَا الشَّيْءِ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ - نَحْنُ قَانُونِي :** تنص المادة ٦٦٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - « إذا هلك الشيء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل ، فليس للمَقُول أن يطالب لا بشئ عمله ولا برد نفقاته ، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين » .

٢ - « أما إذا كان المَقُول قد أعلن أن يتسلم الشيء ، أو كان هلاك الشيء أو تلفه قبل التسليم راجعاً إلى خطأ منه ، وجب عليه أن يعرض رب العمل عما يكون هذا قد ورده من مادة للعمل » .

٣ - « فإذا كان رب العمل هو الذي أعلن أن يتسلم الشيء ، أو كان هلاك الشيء أو تلفه راجعاً إلى خطأ منه أو إلى عيب في المادة التي قام بتوريدها ، كان هلاك المادة عليه وكان للمَقُول الحق في الأجر وفي التعويض عند الاقتضاء^(١) »

« إليه » لاستعمالها في أمر معين لطقة المالك أو غيره . « بحسب نص المادة ٣٤١ من تقنين العقوبات ، فإذا غير المَقُول نيته من حيازة هذه الأشياء حيازة مؤقتة إلى حيازة دائمة بنية تملكها ، فإنه يكون مرتكباً لجريمة التبديد (أحد أمين في شرح قانون العقوبات الأهل طبعة ثانية ص ٧٧٠ وص ٧٩٧ - محمد مصطفى القفلي في جرائم الأموال ص ٣٧١ - محمد لييب شطب فقرة ٨٨) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٨٣ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية ، وصار رقم النص ١٩٤ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية مجلس النواب أدخلت تعديلات لفظية أخرى وتغيير في ترتيب العبارات حتى صار النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٦٩٣ . ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٥ ، مع ملاحظة أن الملاك المشار إليه في المادة يشمل الرقعة . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التمهيدية ص ٥٩ - ص ٦٢) .

وبقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٤١٧/٥١٠ ، وكانت تجري على الوجه الآتي : -

والمفروض في تحمل التبعة ، كما يتبين من النص ، أن الشيء لم يسلم إلى رب العمل ولم يعذر المقاول رب العمل أن يتسلمه ، وهلك قبل التسليم بقوة قاهرة أو حادث فجائي أثبتته المقاول^(١) . أما إذا حصل الهلاك بعد التسليم أو بعد إعذار رب العمل أن يتسلم ، فالذي يتحمل التبعة هو رب العمل ، سواء كان هو الذي قدم المادة أو كان المقاول هو الذي قدمها ، ويجب على رب العمل أن يدفع الأجر كاملاً للمقاول^(٢) .

فلذا فرضنا مثلاً أن رب العمل تعاقد مع نجار على صنع أثاث ، أو مع

= إذا أحضر الصانع المهات اللازمة للعمل المأمور به وتلف العمل ، كان تلفه عليماً لم يسبق تسليمه للمالك لصاحبه أو قبوله أو عرضه عليه مع تكليفه باستلامه تكليفاً رغبياً . وأما إذا كانت المهات محفزة من صاحب العمل وكان الصانع مقاولاً على عملها وحصل التلف بسبب قهري ، فيكون تلف المهات على المالك وتضيق على الصانع أجرته . (وأحكام التقنين المدني القديم تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٣١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٦٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٨٧ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود البتاني م ٦٧١ : في جميع الأحوال التي يقدم فيها الصانع المواد ، لا يكون مسئولاً عن هلاك المنشأ كله أو بعضه بسبب قوة قاهرة ، ولكنه لا يستطيع المطالبة بالبدل إذا كان الهلاك قد حدث قبل التسليم ولم يكن صاحب الأمر متأخراً في الاستلام ، فتكون المخاطر إذن على الصانع . وفي هذه الحالة يجب على الصانع أن يقيم البرهان على حدوث الهلاك بسبب قوة قاهرة إذا كان الهلاك قد حدث قبل استلام صاحب الأمر للشيء .

م ٦٧٢ : في الحالة التي لا يقدم فيها الصانع إلا عمله أو صنته ، لا يكون مسئولاً عن الهلاك بسبب قوة قاهرة ، ويمكنه أن يطلب أجره إذا كان الشيء قد هلك لميب في المواد. أو كان صاحب الأمر قد استلمه أو كان متأخراً عن استلامه . (وأحكام التقنين البتاني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .
(١) ذلك أن مبدء إثبات القوة القاهرة أو الحادث الفجائي يقع ، كما قلنا ، على حائل المقاول ، إذ هو لا يتخلص من المسؤولية عن عدم التسليم إلا بإثبات السبب الأجنبي (نقض فرنسي ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ٢١ - بودوي وقال ٢ فقرة ٣٩٠٩ - بلانويول وديير ورواست ١١ فقرة ٩٢٦ ص ١٦٤ - دي بلانج ٤ فقرة ٨٧٧ ص ٩٠٢ - بلانويول وديير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٩٩٦ ، كولان وكاينتان وحى لاموراندوير ٢ فقرة ١٠٩٢) .

(٢) ويعدل هلاك الشيء بعد التسليم أن يهلك قبل التسليم في يد المقاول وهو سائب له حتى متى يتولى الأمر ، فالهلاك يكون في هذه الحالة على رب العمل ، لأنه هو المخاطر إذ لم يدفع الأجر فدفعت المقاول بمقتضىه إلى حبس الشيء (محمد ليبب شطب فقرة ٩٥) .

حائك لصنع ثوب ، وقبل أن يسلم التجار الأثاث أو الخائنك الثوب احترق المكان فاحترق الأثاث أو الثوب ، أو نفرض أن الأثاث أو الثوب قد سرق ، وكانت الحريق أو السرقة بقوة القاهرة ولم يثبت تقصير في جانب المقاول ، فإن التبعة هنا يتحملها المقاول فيما قدمه من عمل ومادة ، ويتحملها رب العمل فيما قدمه من مادة . وليبان ذلك نفرض أولاً أن المقاول هو الذى قدم الخشب لصنع الأثاث أو القماش لصنع الثوب . فإدام رب العمل لم يتسلم الأثاث أو الثوب ولم يتقبل العمل^(١) ، فإن تبعة الهلاك كلها تقع على المقاول . فهو لا يأخذ أجر عمله ولا ما أنفق فيه ، لأن رب العمل لم ينفد من هذا العمل شيئاً . وهو أيضاً يتحمل تبعة هلاك المادة التى قدمها فلا يستطيع أن يرجع بقيمة الخشب أو القماش على رب العمل ، لأنه لم يسلم الشيء إليه^(٢) ، وإذا فرضناه بانهأ للمادة المصنوعة على خير تقلد له وقد انتقلت ملكية هذه المافعة إلى رب العمل بمجرد صنعها ، فلا يزال كبايع يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل

(١) ذلك أن تقبل العمل يمدل التسليم ، فإذا ذهب رب العمل إلى مكان المقاول وعابذ الشيء المصنوع وتقبله ، فإنه يكون في حكم من تسلمه ، وتركه إياه مؤقتاً عند المقاول إنما هو حل سبيل الودعة إلى أن يستول عليه فيكون الهلاك إذن حل رب العمل من حيث المادة والأجر ، ويجب أن يدفع للمقاول الأجر كاملاً كما لو كان قد تسلم الشيء (يودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٠٤ - بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٦ ص ١٦٥ - انظر عكس ذلك محمد ليب شنب فقرة ٩٤) . وقد يكون تقبل العمل جزءاً غيرمأ بمجرد إنجاز كل جزء ، ويصبر قرينة حل التقبل للجزء دفع ثمن الجزء الذى أنجز (أوبرى ورو وإسان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٣ - بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٧ ص ١٦٦) .

(٢) ويلعب القضاء في فرنسا إلى أنه في مقاولات البناء، إذا كان المقاول يبنى بمواد من عنده في أرض رب العمل ، فإن المواد تصبح ملكة لرب العمل بطريق الالتصاق ، ويكون هلاكها على إذ الهلاك على المالك (نقش فرنسى ١٣ أغسطس سنة ١٨٦٠ دالوز ١-٦١-١٠٥ - ١٩ يولييه سنة ١٨٧٠ دالوز ١-٧٢-١٨ - كولان وكايتان وحى لامورالديير ٢ فقرة ١٠٩١) . ولكن الفقه الفرنسى وبعض أحكام القضاء تلعب إلى أن التملك بالاتصاق لا يكون بالرغم من إرادة صاحب الأرض ، ومن ثم فيكون تحمل التبعة قبل التسليم حتى في هذه الحالة على المقاول لاحتل رب العمل (حيك ١٠ فقرة ٤١٤ - يودرى وقال ٢ فقرة ٣٩١٠ - فقرة ٣٩١١ - أوبرى ورو وإسان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٣ هامش ٤ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'imd. فقرة ٤٩ - نقش فرنسى ١ يناير سنة ١٨٨٨ دالوز ١-٨٩-٢١١) .

التسليم كما تقضى القواعد العامة^(١). ونفرض ثانياً أن رب العمل هو الذى قدم الخشب لصنع الأثاث أو القماش لصنع الثوب ، فإن تبة الهلاك تقع على الما قول أيضاً فيما يتعلق بأجر عمله ونفقاته ، ولا يستطيع أن يطالب بها رب العمل لأن هذا الأخير لم يقد شيئاً من عمل الما قول فلا يتحمل لا الأجر ولا النفقات . أما المادة التى قدمها رب العمل من خشب أو قماش ، فهو الذى يتحمل تبة هلاكها ، لأنه يبقى مالكا لها وهى فى يد الما قول ، والشئ يهلك على مالكه (res perit domino) كما تقضى القواعد العامة^(٢).

٥٤ — المهلك خطأ الما قول : وقد فرضنا فيما قدمناه أن الهلاك قد وقع بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ . أما إذا وقع الهلاك خطأ الما قول — أو ما يعدل الخطأ بأن يعثر رب العمل الما قول أن يسلم الشئ فلا يسلمه — فإن الفقرة الثانية من المادة ٦٦٥ مدنى سائلة الذكر تجعل الهلاك على الما قول لأن خطأه هو الذى سبب الهلاك . فإذا كان الما قول هو الذى قدم الخشب أو القماش ، ثم هلك الأثاث أو الثوب خطأه أو بعد أن أعلن بالتسليم ، فإنه لا يأخذ أجراً على عمله ولا يسترد نفقاته ، ولا يرجع بقيمة الخشب أو القماش على رب العمل ،

(١) وحتى لو كان رب العمل يشرف على الما قول فى العمل ، فلا يزال الما قول يعمل مستقلاً عن رب العمل وهو ما يتميز به عقد الما قول . فإذا كان الإشراف كلياً بحيث ينتقل إلى خضوع ويصبح العقد عقد عمل ، فلا يزال رب العمل هو الذى يتحمل التبة ، لأن العامل فى عقد العمل لا تقع تبة عليه (بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٠٣ ص ١٠٨٦ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٦ ص ١٦٤) .

(٢) وقد قضى بأنه إذا افترض تاجر المهورات ذهباً وأعطاه الصانع يصوغه ، ففرق الذهب بقوة قاهرة دون خطأ الصانع ، فإن الصانع تبرأ ذمته من رد الذهب إلى تاجر المهورات ، وبين هذا مديناً برد مثل الذهب إلى المقرض (باريس ١٧ يوليه سنة ١٩٤٦ جازيت دى پاليه ١٩٤٦-٢-١٠٢ — أنيكوليدى دالوز لفظ *Louage d'ouv. et d'ind.* فقرة ١٠١) — ولا يعتبر تحمل التبة على هذا النحو من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالف ذلك وأن يتحمل الما قول التبة (بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٠٨ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٧ ص ١٦٦) . وإذا كان الما قول قد أمن على الشئ ، فإنه يرجع على الشركة بمبلغ التأمين ، ويرجع عليه رب العمل بهذا المبلغ (باريس ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١١-٥-٥-٢٣ مايو سنة ١٩١١ جازيت دى پاليه ١٩١١-٢-٤٠٢ — أنيكوليدى دالوز ٣ لفظ *Louage d'ouv. et d'ind.* فقرة ١٠٠) .

ويدفع تعويضاً لرب العمل عما أصابه من الضرر من جراء هذا الخطأ^(١) .
 وإذا كان رب العمل هو الذى ورد الخشب أو القماش ، فإن المقاو ، وقد
 هلك الشيء بخطأه أو بعد أن أعذر بالتسليم ، لا يأخذ أجراً على عمله ولا يسترد
 نفقاته ، ويرجع فوق ذلك رب العمل عليه بقيمة الخشب أو القماش وبالتعويض
 عن كل ضرر آخر أصابه من جراء خطأ المقاو^(٢) .

٥٥ - **الربح بخطأ رب العمل** : أما إذا كان الهلاك ، فى المثل الذى
 قلناه ، بخطأ رب العمل - أو ما يعدل الخطأ بأن يكون رب العمل قد أعذر
 بالتسليم الشيء^(٣) فلم يفعل أو كان سبب الهلاك عيباً فى المادة التى وردها
 للمقاو^(٤) - فإن الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٥ مدنى سألقة الذكر تجعل الهلاك
 على رب العمل لأن خطأه هو الذى سبب الهلاك . فإذا كان المقاو هو الذى
 قدم الخشب أو القماش ، ثم هلك الأثاث أو الثوب بخطأه أو بعد أن أعذر
 بالتسليم ، فإنه يجبر على دفع الأجر كاملاً للمقاو كما لو كان قد تسلم الشيء ،
 ويتحمل هو وحده الخسارة الناجمة عن الهلاك . وإذا كان رب العمل هو الذى
 ورد الخشب أو القماش ، فإنه ، وقد هلك الشيء بخطأه أو بعد أن أعذر بالتسليم
 أو كان الهلاك بسبب عيب فى الخشب أو القماش الذى ورده ، يتحمل وحده

(١) - بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٠٦ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨
 ص ١٦٦ - محمد ليب شنب فقرة ٨٩ .

(٢) - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ ص ١٦٧ - محمد ليب شنب فقرة ٨٩ -
 وقد يلزم المقاو بمقد المقالة أن يحافظ على أمانة رب العمل ، كما إذا دخل شخص ملعباً وأودع
 معطفه خزن الأمانات ، فإن قصر المقاو وترتب على تقصيره أن سرق المعطف أو ضاع ، كان
 مسئولاً عن تعويض رب العمل (باريس ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٥٠ - ٧٥٨ -
 أنيكلويدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٠٩) .

(٣) - أو أُمِر أن يماهه ليقبله ، فهذا يدل الإعذار بالتسليم (بلانيول وريبير ورواست ١١
 فقرة ٩٢٧ ص ١٦٦) .

(٤) - وذلك ما لم يكن المقاو قد علم أو ينبغي أن يعلم بالعيب وفقاً لأصول الصناعة ،
 مثل ذلك البطار يضع الحصان حذوة معينة قدمها له صاحب الحصان . ففى هذه الحالة لا يكون
 رب العمل مختصاً ، ويتحمل المقاو التبعة وحده وفقاً للقواعد التى سبق تفصيلها (بودرى وقال ٢
 فقرة ٣٩٠٦ - أوبرى ورو وإسبان ٥ فقرة ٣٧٤ - ١ ص ٤٠٢ هامش ٨ - بلانيول وريبير
 ورواست ١١ فقرة ٩٢٧ ص ١٦٦ - كولان وكليتان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ١٥٩٢ -
 أنيكلويدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١١٠ - فقرة ١١٢ - محمد
 ليب شنب فقرة ٩٠ ص ١٠٧ - نقض فرنسى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥١ -
 ٧٦) - وانظر أيضاً فقرة ٤١

هنا أيضاً الخسارة ، ويجب عليه أن يدفع الأجر كاملاً للمقاول ، ولا يرجع بشيء عليه عن الخشب أو القماش الذى ورده له .

المبحث الثالث

الضمان

٥٦ - مسألتاه : وضع القانون أحكاماً خاصة فى ضمان المهندس المعماري والمقاول للمنشآت الثابتة التى يقومان بتشييدها ، لما لذلك من أهمية خاصة . فستعرض أولاً أحكام الضمان بوجه عام ، ثم نستعرض هذه الأحكام الخاصة بضمان المهندس والمقاول .

المطلب الأول

الضمان بوجه عام

٥٧ - صمّم المقاول للمادة التى يقررها - إمارة : قدمنا أن المادة ٦٤٨ مدنى تنص على أنه « إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها ، كان مسئولاً عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل » . وقررنا أن المقاول فى هذه الحالة يكون بائعاً للمادة ، فيضمن ما فيها من عيوب ضمان البائع للعيوب الخفية . ويكون المقاول ملزماً بالضمان إذا لم تتوافر فى المادة الصفات التى كفّل له رب العمل وجودها فيه ، أو كان بالمادة عيب ينقص من قيمتها أو من نفعها بحسب الغاية المقصودة منها . وتسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم الشيء إلى رب العمل ، ما لم يلتزم المقاول بالضمان لمدة أطول . وقد بسطنا تفصيل القول فى ذلك فيما تقدم ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك^(١) .

٥٨ - مسئولية المقاول عن المادة التى يقررها رب العمل - إمارة :

أما إذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة ، فيدعى أن المقاول لا يكون ضماناً لعيوبها ضمان البائع للعيوب الخفية ، لأنه لم يبيعها لرب العمل بل رب

(١) انظر آتياً فقرة ٤٠ .

العمل هو الذى قدمها وهو المالك لها منذ البداية . ولكن قدمنا أن المفاوض إذا كشف فى أثناء عمله أو كان يمكن أن يكشف تبعاً لمستواه الفنى عيوباً فى المادة التى قدمها رب العمل لاتصلح معها للغرض المقصود ، وجب عليه أن يخطر رب العمل فوراً بذلك ، وإلا كان مسئولاً عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج . وذكرنا النص الذى كان المشروع التمهيدى يشتمل عليه فى هذا المعنى ، وهو نص المادة ٨٦٩ الذى جرى على الوجه الآتى : ١ - إذا حدثت أو ظهرت أثناء العمل عيوب فى المادة التى قدمها رب العمل ، أو قامت عوامل أخرى من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل فى أحوال ملائمة ، وجب على المفاوض أن يخطر فوراً رب العمل بذلك . ٢ - فإذا أهمل فى الإخطار ، كان مسئولاً عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج . ٣ - ونحيل هنا أيضاً إلى ما سبق أن قدمناه هناك^(١) .

٥٩ - ضمان المفاوض لأعيب فى الصنعة : فإذا تركنا المادة سواء قدمها المفاوض أو قدمها رب العمل ، واقتصرنا على العمل الذى قام به المفاوض . فهل يكون هذا الأخير ضامناً لجودة العمل ، وإلى متى يبقى هذا الضمان ؟ لاشك فى أن المفاوض يكون مسئولاً عن جودة العمل ، وقد قدمنا أنه يلتزم بإنجاز العمل بالطريقة المتفق عليها فى عقد المفاوضة وطبقاً للشروط الواردة فى هذا العقد ، فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها وجب اتباع العرف وبخاصة أصول الصناعة والفن تبعاً للعمل الذى يقوم به المفاوض^(٢) . فبكون المفاوض إذن مسئولاً عن كل عيب فى الصنعة (malfaçon) تقضى أصول الحرفة بأن يكون مسئولاً عنه^(٣) . فإذا وقع عيب من ذلك ، وكشفه رب العمل قبل أن يتسلم

(١) انظر آتفاً فقرة ٤١ .

(٢) انظر آتفاً فقرة ٣٧ .

(٣) دى باج ٤ فقرة ٨٨٠ ص ٩٠٦ - ومن ثم يكون المهندس الممارى مسئولاً عن العيب فى التصميم الذى وضعه إذا لم يراع فيه القيود والاشتراطات التى تفرضها القوانين والقرارات الخاصة بالبناء ، كتحديد أقصى ارتفاع وترك المسافات اللازمة (مصر الكلية الوطنية ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٤ الحاماة ٢٦ رقم ٩٨ ص ٢٦٢ - دلفو فقرة ٢٤٨ ص ٢٠٥ - محمد ليب شنب فقرة ١٠٠) . ويجب أن يكون العيب قديماً ، أى موجوداً فى الشيء قبل أن يتسلمه رب العمل ، فإذا طرأ بعد التسليم لم يكن المفاوض مسئولاً عنه (محمد ليب شنب فقرة ١٠٢ ص ١١٩) .

الشيء أو قبل أن يتقبل العمل ، فقد قلنا أن له أن يطلب التنفيذ المعنى أى إصلاح العيب أو أن يطلب الفسخ ، كما أن له أن يطلب التعويض في الحالتين إذا كان له محل^(١) . أما إذا تسلم رب العمل الشيء أو تقبل العمل قبل أن يكشف العيب ، ثم كشفه بعد ذلك ، فلأى أية مدة يبقى المفاوض ملزماً بالضمان ؟ لا يوجد نص في هذه المسألة على مثال النص الوارد في ضمان المهندس المعارى والمفاوض للمنشآت التى يقومان بشييدها ، وهو النص الذى سنتولى بحثه فيما يلى ، فلم يبق إلا تطبيق القواعد العامة . وهذه القواعد تقضى بوجود التمييز بين فروض ثلاثة :

(الفرض الأول) أن يكون العيب فى الصنعة واضحاً يمكن للشخص العادى أن يكشفه إذا عاينه . وفى هذا الفرض إذا تسلم رب العمل الشيء أو تقبل العمل دون أن يعترض ، فالمفروض أنه قبل العمل معيماً ونزل عن حقه فى الرجوع على المفاوض من أجل هذا العيب ، مادام المفروض أنه عاين العيب وعلم به دون أن يعترض عليه ، أو فى القليل أنه كان يمكن أن يكشفه لو أنه بذل عناية الرجل العادى فى كشفه^(٢) . ومن ثم ينقضى ضمان المفاوض للعيب بمجرد تسلم رب العمل الشيء أو تقبله العمل^(٣)

(الفرض الثانى) أن يكون المفاوض قد أخفى غشا العيب فى الصنعة ، فلم يستطع رب العمل أن يكشفه وقت تسلم الشيء أو تقبل العمل . وفى هذا الفرض يكون المفاوض مسئولاً عن غشه ، وبمجرد أن يكشف رب العمل العيب يكون له الحق فى الرجوع على المفاوض بالضمان ، أى بإصلاح العيب

١ - ورب العمل هو الذى يقع عليه عبء إثبات العيب . فإذا أثبت لم يكن ملزماً بإثبات أن هذا العيب نشأ عن خطأ من المفاوض . فإن عبءان العيب التزام بتحقيق غاية ، فوجود العيب هو ذاته الخطأ ، ولا يستطيع المفاوض أن المسئولية عنه إلا بإثبات السبب الأجنبى (مازو ٣ فقرة ١٣٥٧ ص ١١١٧ - محمد ليبب شنب فقرة ١٠١ ص ١١٧) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٤ .

(٢) بودوى وفال ٢ فقرة ٣٩٤٩ مكررة .

(٣) ديفرچيه ٢ فقرة ٣٦٤ - جيوار ٢ فقرة ٧٩٣ ص ٣٦٠ - بودوى وفال ٢ فقرة ٣٩٤٦ ص ١١٠٨ - أوبرى ورو وإسبان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٣ - مازو ٣ فقرة ١٣٧٢ ص ١١٢٣ - محمد ليبب شنب فقرة ١٠٢ ص ١١٧ - ص ١١٨ .

مع التعويض^(١) أو بالفسخ مع التعويض^(٢)، خلال ثلاث سنوات من كشف العيب ، لأن الما قول يكون مسئولاً مسئولية تقصيرية^(٣) ودعوى المسئولية تسقط بالتقادم بثلاث سنوات من وقت علم المصاب بوقوع الضرر ، وتسقط في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع أي من يوم إخفاء العيب غشاً (م ١٧٢/١ مدني) .

(الفرض الثالث) أن يكون العيب ليس من الواضح بحيث يمكن كشفه وقت التسليم أو تقبل العمل ، ولم يخفه الما قول غشاً عن رب العمل ، ففي هذا الفرض يثبت الما قول ضامناً للعب المدة القصيرة التي يقضي بها عرف الحرفة ، لأن العرف في عقد الما قولة مكمل لنصوص القانون ويجوز أن يصل إلى حد تقرير مدة تقادم بها دعوى الضمان^(٤) . وقد يستخلص من سكوت رب

(١) وذلك إذا كان هذا ممكناً (دائلي في رسالته عقد الاستصناع ص ١٣٤ - محمد ليبب شنب فقرة ١٠١ ص ١١٦) . وإذا كان التنفيذ المبني أي إصلاح العيب مرفقاً للما قول ، جاز الانتصار على طلب التمييز طبقاً لأحكام المادة ٢/٢٠٣ (محمد ليبب شنب فقرة ١٠١ ص ١١٦) .

(٢) ولا يلزم القاضي بإجابة رب العمل إلى الفسخ ، إذ قد يكون العيب ليس من المطلوبة بحيث يبرر الفسخ ، فيكتفي القاضي بالحكم بالتعويض (محمد ليبب شنب فقرة ١٠١ ص ١١٦) .
(٣) جيوار ٢ فقرة ٧٩٤ - بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٤٧ - وقد يستخلص من سكوت رب العمل ، ولو قبل انقضاء مدة التقادم ، مع علمه بالعيب ، أنه نزل بذلك نزولاً ضمناً عن دعوى الضمان (جيوار ٢ فقرة ٧٩٤ - بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٤٧) .

(٤) أوبري ورو وإسبان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٣ - مازو ٣ فقرة ١٣٧٢ ص ١١٣٢ - أنيسكلويدى دالروز ٣ لفظ Louage d'ouv et d'ind. فقرة ١١٥ - فقرة ١١٧ - نقض فرنسي ١٥ مايو سنة ١٩٤٢ جازيت دي پاليه ١٩٤٢ ص ٢ - ٢٠ - ٤ يناير سنة ١٩٥٨ دالروز ١٩٥٨ - ٤٥٧ - وقارون جيوار ٢ فقرة ٧٩٤ ص ٣٦٠ - ٣٦١ - بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٤٦ ص ١١٠٦ - بلانويل وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ مكررة ص ١٦٧ - دي بايج ٤ فقرة ٨٩٢ ص ٩١٩ - دلفو فقرة ٢٠٢ ص ١٦٨ - كولان وكابيتان دي لاموراندوير ٢ فقرة ١٠٩٤ - جوسران ٢ فقرة ١٢٩٨ - نقض فرنسي ١٢٨ فبراير سنة ١٩٤٦ (دالروز ١٩٤٧ - ٢٨) .

وكان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٩٠٠ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « ١ - على رب العمل ، في الما قولات الصغيرة ، أن يستعمل ما تقرره له من حقوق بسبب العيب في تنفيذ العمل في المياد الذي يحمده العرف الممول به في هذا النوع من الصناعة إن كان هناك عرف متبع ، فإن لم يوجد وجب رفع الدعوى هذه الحقوق في خلال ستة أشهر من وقت تسلم العمل . ٢ - أما في الما قولات الكبيرة ، فإن دعوى المسئولية الخاصة التي تستند إلى المواد -

العمل بعد كشفه العيب أنه قد نزل نزولا ضمنيًا عن دعوى الرجوع بالضمان على المفاوض (١).

= من ٨٩٤ إلى ٨٩٦ ودعاوى المسؤولية الأخرى التي تستند إلى القانون العام في العيوب غير المشار إليها في هذه المواد ، يجب رفعها في خلال سنتين من وقت الكشف عن هذه العيوب . وقد حذفت في لجنة المراجعة الفقرة الأولى والمباراة الخاصة بدعاوى المسؤولية عن العيوب التي تستند إلى القانون العام في الفقرة الثانية لصعوبة التمييز بين المفاولات الكبيرة والصغيرة أولاً ، ولوجوب التمييز بين العيوب الخاصة والعيوب التي تستند إلى القانون العام ثانياً (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٠ - ص ٣١) - وهذا وتنص المادة ٨٧٥ مدني عراقي في هذا الصدد على ما يأتي : ١٥ - متى تم تسليم العمل فضلاً أو حكماً ارتفعت مسؤولية المفاوض عما يكون شاهراً فيه من عيب وعن غالفته لما كان عليه الاتفاق . ٢ - أما إذا كانت العيوب خفية أو كانت مخالفة غير ظاهرة ولم يلحظها رب العمل وقت التسليم بل كشفها بعد ذلك ، وجب عليه أن يخبر المفاوض بها بمجرد كشفها وإلا اعتبر أنه قد قبل العمل . انظر أيضاً نفس النص وأردا في المادة ٨٧٤ من المشروع التمهيلي في مشروع تنقيح القانون المدني - مذكرات إضافية - ٣ المقود المسماة ص ٤٤٥ - ص ٤٤٦ ، وقد سقط هذا النص من مجموعة الأعمال التحضيرية .

وينبغي بعض الفقهاء إلى أن الالتزام بضمان المفاوض لعييب الحق لا يتقدم إلا بخمس عشرة سنة ، ولكن يشترط أن يكون العيب قديماً أي أن يكون موجوداً قبل تسليم رب العمل الشيء ، وهذا بخلاف ضمان المهندس للمهاري والمفاوض لعييب البناء فإن هذه العيوب لا يشترط فيها القدم ، بل يضمنها المهندس والمفاوض حتى لو طرأت بعد تسليم البناء في خلال عشر سنوات كما سيأتي (محمد لبيب شلب فقرة ١٠٣) .

(١) بوددي وقال ٢ فقرة ٣٩٤٩ مكررة .

وقد أورد تقنين الموجبات والمقود البنائي عدة نصوص في ضمان المفاوض لعييب الصنعة ، وهذه هي :

٦٦٤ م : يجب على الصانع في جميع الأحوال أن يضمن العيوب والتناقض التي تنجم عن عمله . وتطبق على هذا الضمان أحكام المواد ٤٤٢ و ٤٤٦ و ٤٤٩ .

٦٦٥ م : يجوز لصاحب الأمر في الحالة المنصوص عليها في المادة السابقة أن يرفض المصنوع ، وإذا كان قد سلم إليه فيمكنه أن يرده في الأسبوع الذي يلي التسليم وأن يجدد لصانع مهلة كافية لإصلاح العيب أو لصد نقصان بعض الصفات إن كان هذا الإصلاح مستطاعاً . وإذا فسدت المهلة ولم يتم الصانع بواجبه ، كان لصاحب الأمر أن يختار أحد الأمور الآتية : ١ - أن يصلح المصنوع على يد شخص آخر وعلى حساب الصانع إذا كان الإصلاح لا يزال ممكناً . ٢ - أن يطلب تخفيض الأجرة . ٣ - أو أن يطالب بفسخ العقد ويترك الشيء لحساب من صنعه - ذلك كله مع الاحتفاظ بما يجب أدائه عند الاقتضاء من بدل العطل والضرر - وإذا كان صاحب الأمر هو قدم المواد ، حق له أن يسترجع قيمتها - إن أحكام المواد ٤٥٣ و ٤٥٤ و ٤٥٥ تطبق على الأحوال المنصوص عليها تحت الرقمين ٢ و ٣ للتقنين .

٦٦٦ م : إذا استلم صاحب الأمر مصنوعاً يشتمل على عيب أو تعوزه إحدى الصفات المطلوبة ، وكان مع ذلك عالمًا بما فيه من العيوب ولم يرده أو لم يحتفظ بحقوقه طبقاً لأحكام المادة =

والأحكام المتقدمة الذكر ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها . ومن ثم يجوز الاتفاق على تشديد ضمان المقاول ، فلا تقادم دعوى الضمان مثلا ولو كان العيب واضحا إلا بمضي ثلاث سنوات أو خمس . أو يجوز أن يتحفظ رب العمل عند تسلمه الشيء أو تقبله العمل ، ويقرر أن ذلك لا يمنعه من الرجوع فيما بعد على المقاول إذا ظهر في العمل عيب ولو كان هذا العيب واضحا^(١) . كما يجوز الاتفاق على تخفيف الضمان أو الإعفاء منه ، فيشترط المقاول عدم ضمانه للعيب بمجرد تسلم رب العمل الشيء أو تقبله العمل ولو كان العيب خفيا ، ولكن لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من الضمان إذا كان العيب راجعا إلى غش المقاول أو إلى خطأ منه جسيم . وهذا بخلاف أحكام الضمان الواجب على المهندس المعاري والمقاول بالنسبة إلى عيوب البناء ، فإن هذه الأحكام تعتبر من النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها كما سيأتي^(٢) . وقد كانت المادة ٨٩٩ من المشروع التمهيدى تنص صراحة في هذا المعنى على ما يأتي : ١ - في المقاولات الصغيرة ، يجوز للمقاول أن يشترط إعفائه من المسؤولية عن العيب ، أو أن يحد من مسؤوليته عن ذلك ، ولكن هذا الشرط يكون باطلا إذا كان المقاول قد تعمد إخفاء العيب أو ارتكب أخطاء لا تغتفر . ٢ - أما في المقاولات الكبيرة ،

= السابقة ، فيصح عندئذ تطبيق المادة ٤٦٣ فيما يخص بالمهلة التي يجوز له فيها تقديم الاعتراض إذا لم يثبت أنه كان عالما بتلك العيوب .

م ٦٦٧ : ينقض الضمان المنصوص في المادة ٦٦٣ وما يليها إلى المادة ٦٦٥ إذا كان سبب العيب تنفيذ تعليمات صريحة من صاحب الأمر خلافا لرأى المقاول أو الصانع .

(١) وفي هذه الحالة يكون لرب العمل الرجوع بضمان العيب في المدة التي يتفق مع المقاول عليها ، وإذا لم يكن هناك اتفاق في مدة قصيرة حسب ما يقضى به عرف الحرفة . والأول أن يحتاط رب العمل وهو يتحفظ ، فيتفق مع المقاول على مدة معينة يستطيع في خلالها الرجوع عليه بضمان العيب . ولا يوجد ما يمنع ، كما قلنا ، من أن يتفق رب العمل مع المقاول مقدما ، في عقد المقابلة ذاته ، على مدة معينة يستطيع رب العمل فيها الرجوع بضمان العيب بعد تسلمه الشيء أو تقبله العمل (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ مكررة ص ١٦٨) . ولرب العمل فوق ذلك ، حتى لو لم يتفق مع المقاول على مدة معينة ولم يتحفظ ، أن يطلب مراجعة الحساب التي قدمه المقاول لوتوقع خطأ فيه أو غش (بازيس ٢٩ يوفيه سنة ١٩٢٩ جازيت دي تريينير ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ مكررة ص ١٦٨) .

(٢) انظر ما يلي فقرة ٧٥ .

فيكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان المقرر بمقتضى المواد ٨٩٤ إلى ٨٩٦ ، كذلك كل شرط يقصد به الحد من هذا الضمان . وقد حذفت الفقرة الأولى وعبارة « أما في المقاولات الكبيرة » الواردة في صدر الفقرة الثانية في لجنة المراجعة « لصعوبة التمييز بين المقاولات الكبيرة والمقاولات الصغيرة » ، وعدلت الفقرة الثانية بحيث أصبحت مقصورة على ضمان المهندس المعماري والمقاول ، وجعل أحكام هذا الضمان وحده من النظام العام (١).

المطلب الثاني

ضمان المهندس المعماري والمقاول لعيوب البناء (*)

- ٦٠ - نص قانوني : تنص المادة ٦٥١ من التقنين المدني على ما يأتي :
- ١ - يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تدهم كلي أو جزئي فيما شيلوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ، وذلك ولو كان الهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها ، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات .
- ٢ - ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته .
- ٣ - وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل .
- ٤ - ولا تسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن (٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٨ - ٣٠ .

(٢) انظر في هذا الضمان - هذا المراجع العامة - الرسائل والدراسات الآتية : Fraissinges رسالة من باريس سنة ١٨٨٧ - Labond رسالة من ليل سنة ١٨٩٢ - Gallie رسالة من باريس سنة ١٩١٠ - Gallot رسالة من رن سنة ١٩١٠ - Frank رسالة من باريس سنة ١٩١٠ - Eptimiu رسالة من باريس سنة ١٩١٣ - Corberand رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ - Penanrum في الهندسين المعماريين وعلاقاتهم برب العمل والمقاول وبالنظر بباريس سنة ١٨٩٢ - Robert et René Lecourt في مسئولية الهندسين المعماريين والمقاولين سنة ١٩٣٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المواد ٨٩٥ و ٨٩٦ و ٨٩٧ من المشروع =

ويقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٤٠٩/٥٠٠^(١)

= انتهىدى على الوجه الآتى : م ٨٩٥ - ١ - يضمن المهندسون المحاريون والمقاولون ما يحدث في خلال عشر سنوات من تهم فيما شيوه من بيان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ، سواء لحق الهدم كل الأعمال أو بعضها ، وذلك حتى لو كان التهم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها ، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعنية ، ما لم يكن قد أجاز منشآت أراد المتعاقدان أن تبقى مدة أقل من عشرين ٢٠ - وتبدأ مدة البصر السنين من وقت تمام العمل وتسلمه . ٣ - ولا تسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق في الرجوع على المقاولين من الباطن - م ٨٩٦ - ١ - يشمل الضمان المنصوص عليه في المادة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت الكبيرة التي في حكمها من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته . ٢ - أما ما هو دون ذلك من عيوب ، كعدم الملاصقة في ترتيب الأماكن المختلفة أو التقصص فيما ينبغي أن تكون عليه من جمال في ، فلا يترتب عليه سوى ما تقرره القواعد العامة من مسؤولية تعاقدية أو تقصيرية - م ٨٩٧/٣ - إذا كان كل من المهندس المحاري والمقاول مسئولاً عما وقع في العمل من عيب ، كانا متضامنين في المسؤولية . وفي لجنة المراجعة نقلت المادة ٨٩٧/٣ إلى الفقرة الأولى من المادة ٨٩٥ حيث نص على التضامن ، وأضيفت الفقرة الأولى من المادة ٨٩٦ إلى المادة ٨٩٥ لتكون فقرة جديدة فيها ، وحذفت الفقرة الثانية من المادة ٨٩٦ ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، فأصبح النص بذلك متفقاً مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٦٧٩ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب استقر على العيب الذي يوجد في الأرض إذا كان هذا العيب من الغفاء بحيث يثق كشفه على المهندس المعلن أيكون المهندس مسئولاً عنه ؟ فأجيب بأن المهندس يكون مسئولاً عن العيب الذي يمكن كشفه وفقاً لقواعد الفن ، أما إذا استحال كشف العيب وفقاً لهذه القواعد فإن ذلك يكون في حكم القوة القاهرة ولا يكون المهندس مسئولاً عنه . ثم استقر عما إذا كانت هذه المسؤولية الاستثنائية تطبق على العلاقة بين المغاول الأصل والمقاول من الباطن ، فأجيب بأن الفقرة الأخيرة من النص صريحة في أن هذه المسؤولية الاستثنائية قد استحدثت لأن صاحب العمل لا يمكن اعتباره في مستوى المهندس من الناحية الفنية ، أما المقاول والمقاول من الباطن فهما من الناحية الفنية متساويان فليست هناك إذن حاجة لاستحداث مسؤولية استثنائية فيما بينهما . وأقرت اللجنة النص ، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٨ . وفي لجنة مجلس الشيوخ أقيمت المادة على أصلها مع تعديلات لغفلية أصبحت معها مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد مع التفسير التالي : تواجبه الفقرة الأولى حالة وقوع التهم الكلى أو الجزئى خلال عشر سنوات وهي تطابق في حكمها حكم القانون الحالي (السابق) . أما الفقرة الثانية فتأتى بمحكم جديد ، فلا تثنى المسؤولية على التهم الواقعة بالتعمل خلال عشر سنوات ، بل تقع أساس المسؤولية على وجود عيب في البناء يترتب عليه تهديد متانة البناء وسلامته مادام هذا العيب يظهر في خلال عشر سنوات ولو لم يقع تهم بالتعمل في ظرف هذه المدة . وأصبح رقم المادة ٦٥١ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلها بلغة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩ - ٢٤) .

(١) التقنين المدني القديم م ٤٠٩/٥٠٠ : للمهندس المحاري والمقاول مسئولان مع التضامن

عن خلال البناء في مدة عشرين سنة ولو كان ناشئاً عن عيب في الأرض أو كان المالك أذن في إنشاء أبنية معينة ، بشرط ألا يكون البناء في هذه الحالة الأخيرة مدداً في قصد المتعاقدين لأن يمكث أقل من عشر سنوات .

ويقال في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري ٦١٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٦٥٠ - وفي التقنين المدني العراقي م ٨٧٠ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦٦٨^(١) .

والنص كما نرى يعرض نضان المهندس المعمارى والمقاول التهدم أو العيوب التي تصيب ما أقامه من مبان أو منشآت ثابتة أخرى . ونظراً لخطورة تهدم المباني أو تصدعها بالنسبة إلى رب العمل وبالنسبة إلى الغير ، شدد المشرع من هذا الضمان حتى يدفع المهندس والمقاول إلى بذل كل عناية ممكنة فيما يشيدانه من المنشآت^(٢) . فالضمان هنا ضمان خاص مقصور على دائرة معينة . وهذه

= (وأحكام التقنين المدني القديم تنطق في مجموعها مع أحكام التقنين المدني الجديد ، إلا أن التقنين المدني الجديد يجعل الضمان شاملاً للتهدم والعيوب مما كما هو شامل للمبانى والمنشآت الثابتة الأخرى) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦١٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٥٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٧٠ (موافق - فيما عدا أن التقنين العراقي يقصر الضمان على التهدم الكلى أو الجزئى دون أن يذكر العيب ، وذلك إذا وقع التهدم خلال خمس سنوات ، لا خلال عشر سنوات كما هو الأمر في التقنين المصرى) :

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦٦٨ : إن المهندس أو مهندس البناء أو المقاول الذين يستخدمهم صاحب الأمر مباشرة يكونون مسئولين في مدة السنوات الخمس التي تل تمام البناء أو المنشأ الآخر الذي أداروا أعماله أو قاموا بها إذا تهدم ذلك البناء كله أو بعضه أو تداعى بوجه واضح للسقوط من جراء نقص في اللوازم أو عيب في البناء أو في الأرض . . . وتبتلى مهلة السنوات الخمس المتقدم ذكرها من يوم استلام العمل .. (وأحكام التقنين اللبناني تنطق في مجموعها مع أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا أن الضمان في التقنين اللبناني مقصور على تهدم البناء أو تداعيه للسقوط ولا يشمل العيب ، وأن مدة الضمان في هذا التقنين خمس سنوات ، لا عشر سنوات كما هو الأمر في التقنين المصرى) .

(٢) وبخاصة أنه يتطلب أن يكون رب العمل رجلاً غير فني وغير خبير بصناعة البناء ولا مهندس الممار ، فأراد المشرع حمايته من المتعاقدة معه وهو رجل فني خبير ، مهندساً كان أو مقاولاً . ومن هنا كانت أحكام الضمان التي تؤكد هذه الحماية معتبرة من النظام العام كما سؤرى (كولان وكايتان ودى لامورائيفير ٢ فقرة ١٠٩٥ - بيروس ص ٦٥ - محمد لبيب شطب فقرة ١٠٤ ص ١٢١) . هذا إل المباني والمنشآت الثابتة لا تظهر في المادة عيوبها إلا بعد مدة قد تطول ، وقد قدرت المدة بعشر سنوات جرياً على تقاليد القانون الفرنسى ومن قبله القانون الرومانى (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٥) .

الدائرة تتحدد بتحديد طرفي الضمان وسببه . فإذا ما تحقق سبب الضمان وقام بين طرفيه ، وجب أن نبين جزاء هذا الضمان ، وأن نبين في الوقت ذاته الظروف التي يتقضى أو لا يتقضى فيها الضمان .

فهذه مسائل أربع نبحثها متعاقبة : (١) طرفا الضمان . (٢) سبب الضمان . (٣) جزاء الضمان . (٤) انتهاء الضمان .

§ ١ - طرفا الضمان

٦١ - طرفا الضمان هما طرفا عقد مقاوله محلها منشآت ثابتة : حتى يمكن أن يتحقق الضمان ، يجب أن يكون هناك عقد مقاوله محلها منشآت ثابتة .

فيجب إذن أن تقع المقاوله على منشآت ثابتة . وعلى رأس المنشآت الثابتة المباني من أى نوع كان . فالمنازل والقيلات والعمارات والمدارس والمستشفيات والمستوصفات والمصحات والمسارح ودور السينما والمصانع والمتاجر والمخازن والمساجد والكنائس والمعابد ، كل هذه مبان يجوز أن يتحقق في مقاولاتها الضمان . ولا يشترط أن يكون المبنى قد شيد بالطوب أو بالحجارة ، بل يجوز أن يكون مشيداً بالخشب أو بالحصر كما هو الأمر في « كباين » الاستحمام التي تشيد بالخشب وفي « عتش » رأس البر التي تشيد بالحصر ، والمهم أن يكون البناء مستقراً ثابتاً في مكانه ، لا يمكن نقله دون هدمه^(١) . فالأكشاك والمنازل القابلة للفك والأكيب والتي يمكن نقلها من مكان إلى آخر بسهولة لا تعتبر مباني^(٢) . وإلى جانب المباني توجد منشآت ثابتة أخرى يجوز أن يتحقق في مقاولاتها الضمان . من ذلك الحسور (الكبارى) والقناطر والسدود

(١) ومع ذلك فالصمد ، وهو يرتفع وحيط ، يعتبر في حكم الثابت في مكانه لأنه لا يتعدى دائرة محدودة في تحركه ، ومن ثم يعد من المنشآت الثابتة . ولكن المقار بالتخصيص لا يعتبر من المنشآت الثابتة إذ هو في طبيعته متحول غير ثابت ، فيكون ضايفه وفقاً للقواعد العامة (بودرى وقال ٢ بقرة ٣٩٤٩) .

(٢) دلتو بقرة ٢٠٤ ص ١٧٠ - محمد ليبب شنب بقرة ١٠٧ ص ١٢٥ هامش ٢ - ولا تدخل أعمال البياض والدعان ولا أعمال الزخرفة (décor) ، لأن هذه الأعمال ليس من شأنها أن تهدد سلامة البناء أو مقاومته (استئناف غنطلو ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٤٧ - محمد ليبب شنب بقرة ١٠٥ ص ١٢٤) . وتدخل الترميمات اللازمة للأجزاء الرئيسية للمباني ، وهي الأجزاء التي تضمد عليها سلامة المباني ومنازلها (محمد ليبب شنب بقرة ١٠٧ ص ١٢٦) .

والخزانات والبوابات والأنفاق والمقابر والسكك الحديدية والمزلقانات ،
وأجهزة التكيف، المركزية والمداخن . واختلف في حفر الآبار وشق الترع
والمصارف والقنوات ورصف الطرق ، فرأى يذهب إلى أن هذه الأعمال
لا تعتبر من قبيل تشييد المباني والمنشآت الثابتة^(١) ، ونذهب مع رأى آخر
إلى أن هذه الأعمال وإن كانت ليست مبان إلا أنه يمكن اعتبارها منشآت ثابتة
ولا يتحتم في المنشآت أن تكون فوق الأرض بل يصح أن تكون تحت الأرض.
أو في مستواها^(٢) . ونخرج بداهة المنقول كالسيارات والسفن والعوامات
والدهيات ، فهذه لا تعتبر منشآت ثابتة لأنها ليست عقاراً .

ويجب أن يكون العقد الواقع على المنشآت الثابتة هو عقد مقاوله . فإذا
كان بغير أجر ، لم يكن عقد مقاوله بل هو عقد غير مسمى ولا يترتب
عليه الضمان ، وإنما تسرى في شأنه القواعد العامة ، ويكون من قام بالعمل
مستولاً المسؤولية التي تقضى بها هذه القواعد^(٣) . وإذا كان بأجر ولكن من يقوم
بالعمل يخضع لإشراف رب العمل وتوجيهه ، فليس العقد مقاوله بل هو عقد
عمل ، ولا يترتب عليه ضمان عقد المقاوله بل التزامات العامل في عقد العمل^(٤) .
فإذا كان العقد مقاوله ترتب الضمان ، ويستوى في ذلك أن يكون الأجر مقدراً
جزائياً أو مقدراً بسعر الوحدة^(٥) ، أو أن يكون الأجر مقدراً بحسب أهمية

(١) استئناف مخطط ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٢١ - محمد ليب شنب فقرة ١٠٧ ص ١٢٦ .

(٢) محمد كامل مرسي فقرة ٩٦ ص ٤٩٩ - توفيق فرج مذكرات ص ٣٥ - وانظر في ضمان رصف ساحة التزلج (piste de patinage) استئناف مخطط ٢٠ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٧١ .

(٣) ولما كان العقد هنا من عقود التبرع ، فإن من قام بالعمل لا يكون مسئولاً إلا عن النقص والخطأ الجسيم (بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٢٠ - الجزائر ٢٥ يناير سنة ١٨٩٣ جازيت دي باليه ٩٣ - ٢ - ١٠ - قارن محمد ليب شنب فقرة ١٠٥ ص ١٢٢ - ص ١٢٣ . وانظر عكس ذلك دلفو فقرة ٢٣٢ ص ١٩٤) .

(٤) استئناف مصر ١٨ مايو سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ٢١٢ ص ٥٦٨ - بلانيرول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٢ ص ١٩٥ - ص ١٩٦ - محمد ليب شنب فقرة ١٠٥ ص ١٢٣ .

(٥) أما القاذون الفرنسي فيميز بين ما إذا كان الأجر مقدراً جزائياً (م ١٧٩٢ مدني فرنسي) وعند ذلك يجوز أن يتحقق الضمان ، وأما إذا كان مقدراً بسعر الوحدة فلا ترتب على المقاوله هذا الضمان الخاص بل تسرى القواعد العامة في الضمان . والسبب في هذا التمييز يرجع إلى أن -

العمل أو كان أجراً ثابتاً يعطى المهندس أو المقاول طول مدة العمل^(١).

٦٢ — **المربع بالضمان** : والذي يترتب في ذمته الضمان هو المهندس المعماري والمقاول في عقد القاولية الذي سبق أن حددناه . فالمهندس المعماري (architecte) هو الذي يعهد إليه في وضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المنشآت ، وقد يعهد إليه بإدارة العمل والإشراف على تنفيذه ومراجعته حسابات المقاول والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة إليه^(٢) . ولا يشترط في المهندس المعماري أن يكون حاملاً مؤهلاً فنياً في هندسة المعار ، فإدام الشخص يقوم بمهمة المهندس المعماري فهو ملزم بالضمان . وعلى ذلك يكون ملزماً بالضمان أى مهندس ، ولو كان مهندساً ميكانيكياً أو كهربائياً ، إذا كان يقوم بمهمة المهندس المعماري . بل إن المقاول الذي لا يحمل أى مؤهل أو أى شخص آخر غير مؤهل ، إذا وضع التصميم ، فإنه يكون بذلك قد قام بمهمة المهندس المعماري ، ومن ثم يكون ملزماً بالضمان^(٣) . وإذا تعدد المهندسون المعماريون ،

= المشرع الفرنسي قدر أن الأجر إذا قدر جزافاً فإن هذا يكون مدعاة للمقاول أو المهندس إلى الحرص والتفتير حتى يخرج بأكبر مكسب ممكن ولو على حساب جودة العمل فيكون احتمال وجود العيب أكبر ، ومن ثم أوجب هذا الضمان الخاص الذي تشدد فيه مما نقض به القواعد العامة (أوبري ورو وإسبان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٧ هامش ٢٠ - بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٩ - بلانويول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٠٤ - كولان وكايتان ودى لاموراندبيير ٢ فقرة ١٠٩٩) .

هذا ويشتمل التقنين الملفى الفرنسي ، إلى جانب المادة ١٧٩٢ ، على المادة ٢٢٧٠ . والتضامن يمرضان لمسألة واحدة ، هي ضمان المقاول والمهندس لعيوب البناء مدة عشر سنوات من وقت تسليم العمل . غير أن هناك فروقاً واضحة بين النصين . فالنص الأول يقتصر على القاولية التي يكون الأجر فيها مقدراً جزافاً ويكون على القاولية بناء تهم ، أما النص الآخر فلا يميز بين الأجر الجراف والأجر يسر الوحدة ولا يقتصر على بناء تهم بل يمتد إلى الأعمال الكبيرة gros ouvrages ويوجب الضمان لآلهم وحده بل أيضاً لمجرد عيب في الصنعة (انظر في هذه الفروق كولان وكايتان ودى لاموراندبيير ٢ فقرة ١٠٩٦ وفقرة ١١٠٠ وفقرة ١١٠٥ - بلانويول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٠٧ - أنسكلوبيدى دالوز ٢ لفظ Entreprise فقرة ٧٦ وما بعدها) .

(١) دلفو فقرة ٢٣١ ص ١٩٤ - محمد لبيب شنب فقرة ١٠٥ ص ١٢٣ .

(٢) انظر في واجبات المهندس المعماري في فرنسا أنسكلوبيدى دالوز ١ لفظ Architecte

فقرة ٤٥ - فقرة ٦١ .

(٣) بودرى وثال ٢ فقرة ٣٩٢٣ ص ١٠٩٦ - بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة =

كان كل منهم ملتزماً بالضمان في حدود العمل الذي قام به .
والقاول هو الذى يعهد إليه في إقامة المنشآت الثابتة . ويستوى أن تكون
المواد التى أقام بها المنشآت قد أحضرها من عنده أو قلمها له رب العمل ،
ففي الحالتين يلتزم بالضمان . كذلك ليس من الضروري أن يكون مقاول واحد
هو الذى أقام المنشآت ، بل يجوز أن يعهد رب العمل إلى عدة مقاولين بالعمل ،
فيعهد إلى مقاول بوضع الأساس وأعمال البناء الأخرى من أرضيات وأسقف
وحيطان وغير ذلك ، وإلى مقاول ثان بأعمال التجارة ، وإلى ثالث بأعمال
الحفادة ، وإلى رابع بالأعمال الصحية ، وإلى خامس بأعمال الدهان والبياض ،
وهكذا . فكل من هؤلاء يعتبر مقاولاً في حدود الأعمال التى يقوم بها ،
ويكون ملتزماً بالضمان في هذه الحدود^(١) . وقد يستخدم المقاول مساعدين
يعاونونه فيما يقوم به من أعمال ، فيكون مسئولاً عن أعمالهم ، ويلتزم بضمان
هذه الأعمال كما لو كان هو الذى قام بها ، حتى لو كان هؤلاء المساعلون
لا يعتبرون من أتباعه بالمعنى المفهوم في مسئولية المتبوع عن التابع كما لو كانوا
مقاولين من الباطن^(٢) .

٦٣ - الرأى بالفحصار : والذى يطالب بالضمان في عقد المقاولة الذى

١٩٥٢ ص ١٩٥ - دلفو فقرة ٢٣٤ ص ١٩٥ - أنسيلوبيدى دالوز لفظ *Entreprise* فقرة ١٢٢ -
مجلس الدولة الفرنسى ٥ يوليه سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ - ٣ - ٩٢ - ٢ فبراير سنة ١٨٩٤ سريه
٩٦ - ٣ - ٦ - وقد كان المقاول في التديم هو الذى يضع عادة التصميم وينفذه في الوقت ذاته ،
فكان يقوم بمهتي المقاول والمهندس الممارى معاً ، ويتبين ذلك في لغة التقنين الملقى الفرنسى
فهو عندما يستعمل لفظ المقاول ولفظ المهندس الممارى يتعهد شخصاً واحداً هو المقاول الذى
يقوم بعمل التصميم وينفذه (*Maitre d'œuvre*) في مهنة المهندس الممارى فقرة ٧٠ وما بعدها - كولان
وكايتان وحى لامورانبيير ٣ فقرة ١١٠٢ - أنسيلوبيدى دالوز لفظ *Architecte* فقرة ١
٣ ولفظ *Louage d'ouv. et d'ind.* فقرة ٧٥) .

(١) بودرى وقال ٢ فقرة ٣٨١٩ ص ١٠٩٤ - أوبرى ورو وإسان ٥ فقرة ٣٧٤ -
ص ٤١٤ - أنسيلوبيدى دالوز ٢ لفظ *Entreprise* فقرة ١٢٤ - محمد ليبب شنب فقرة ١٠٥
ص ١٢٤ - سوحنى البامال البسيط إذا اشتمل في البناء لحسابه مستقلاً عن رب العمل ، فإنه يعتبر
مقاولاً ، ويجب في ذته الضمان (بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩١٩ ص ١٠٩٥ وفقرة ٣٩٢٣ -
بلائيول وريير ورواست ١١ فقرة ٩٤٢ - أنسيلوبيدى دالوز ٢ لفظ *Entreprise* فقرة
١٢٥ - ومع ذلك انظر جيوار ٢ فقرة ٨٦٣ .

(٢) أوبرى ورو وإسان ٤ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٤ .

حددناه هو رب العمل في هذا العقد . فهو الذي يصاب بالضرر من جراء تهمد البناء أو من جراء ظهور عيب في المنشآت يهدد سلامتها أو متانتها ، فيرجع بالضمان على المهندس المعارى أو على المقاول أو عليهما معاً متضامنين كما سترى .

وإذا مات رب العمل ، حل محله في المطالبة بالضمان ورثته . كذلك يجوز لدائتيه أن يرفعوا الدعوى غير المباشرة باسمه للمطالبة بالضمان . وكما يجوز أن يكون دائئاً بالضمان بالخلف الخاص ، فإذا باع رب العمل المبني أو وهبه ، ثم تهدم كلياً أو جزئياً أو ظهر فيه عيب يهدد سلامته أو متانته ، جاز للمشتري أو للموهوب له أن يرجع بالضمان على المهندس أو المقاول . ذلك أن الحق في الرجوع بالضمان قد انتقل مع المبني إلى الخلف الخاص طبقاً لنظرية الامتخلاف في الحقوق والالتزامات . ويجوز للمشتري أن يرجع على بائعه بضمان العيب ، وفي هذه الحالة يكون للبائع - وهو رب العمل - أن يرجع بدوره على المهندس أو المقاول بالضمان ، وله أن يدخلهما ضامنين في دعوى العيب التي يرفعها عليه المشتري ^(١) .

ولكن رب العمل لا يكون دائئاً بالضمان إذا كان مقاولاً أصلياً تعاقد مع مقاول من الباطن . فإذا تعاقد المقاول مع مقاول من الباطن على الأعمال الصحية أو على أعمال النجارة مثلاً ، وتسلم هذه الأعمال من المقاول من الباطن ، لم يكن هذا الأخير ملتزماً بالضمان نحو المقاول الأصلي أو نحو رب العمل في هذه الحالة إلا بمقدار ما تقتضي به القواعد العامة . ومن ثم ينشئ التزام المقاول من الباطن بالضمان بمجرد أن يتسلم المقاول الأصلي الأعمال التي قام بها مع تمكنه من فحصها والكشف عما بها من عيوب . فإذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك ، لم يكن المقاول من الباطن مسئولاً إلا بالقدر وإلى المدة التي يقضى بها عرف

(٧) ويرجع الخلف الخاص على المهندس أو المقاول بالضمان حتى لو لم يكن له حق الرجوع بالضمان على السلف ، كما لو كان موهوباً له وليس له حق الرجوع بالضمان على الوهاب ، فإنه يرجع بالرغم من ذلك بالضمان على المهندس أو المقاول ، لأن دعوى الضمان قد انتقلت إلى الموهوب له مع الموهوب بمقتضى الحية (بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٢٥ وفترة ٣٩٥٨ - بلانوي وروبيير ورواست ١١ فقرة ٩٦١ - دي باج ٤ فقرة ٩٠٢ ص ٩٣١ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٠٤ ص ٥٠٩ - محمد لييب شلب فقرة ١٠٦ ص ١٢٤) .

الحرفة ، فلا يكون ملتزماً بالضمان إذا ظهر عيب خلال عشر سنوات . والسبب في ذلك أن الضمان الخاص الذي نحن بصدده ، وهو ضمان مشدد ، قد اقتضاه مركز كل من رب العمل والمقاول أو المهندس . فرب العمل يكون عادة رجلاً غير فني وغير خبير ، فأراد القانون أن يحميه ضد المقاول والمهندس وهما من رجال الفن والخبرة . وليس هذا هو مركز المقاول الأصلي من المقاول من الباطن ، فكلهما من أهل الفن والخبرة ولا يوجد مقتضى للحماية خاصة مشددة تمنح للمقاول الأصلي ضد المقاول من الباطن ، ويكفي في حماية حقوق المقاول الأصلي الرجوع إلى القواعد العامة ففيها الغناء^(١) . وقد نصت الفقرة الرابعة من المادة ٦٥١ مدني صراحة على هذا الحكم ، إذ تقول كما رأينا : « ولا تسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن »^(٢) .

(١) وقد قيل في لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ما يأتي : « أما المقاول والمقاول من الباطن فهما من الناحية الفنية متساويان ، فليس هناك إذن حاجة لاستحداث مسؤولية استثنائية فيما بينهما » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣ - انظر آنفاً فقرة ٦٠ في المالحش) - ولا يوجد في التقنين المدف الفرنسي نص في هذا المعنى ، ولكن اقتضاء يجري على هذا المبدأ (نقض فرنسي ١٢ فبراير سنة ١٨٦٨ دالوز ١-٦٨ - ٥٠٢ - قاضي ٢٢ مايو سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ٣٥٧ - ٢ - بلاتيلور وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٢ ص ١٩٦ - أنيسكلوبيلي دالوز ٢ لفظ *Entreprise* فقرة ١٢٦ - عكس ذلك كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ١٤٠٥) .

(٢) كذلك لا يلتزم المقاول من الباطن بالضمان نحو رب العمل إذ لا توجد علاقة عقدية بينهما (مازو ٣ فقرة ١٣٦٦ ص ١١٢٩ - محمد ليبب شنب فقرة ١٠٥ ص ١٢٣ - عكس ذلك بودري وقال ٢ فقرة ٣٩١٨) . والذي يلتزم بالضمان الخاص المشدد نحو رب العمل هو المقاول الأصلي ، فيكون ضامناً على المقاول من الباطن ، وقد رأينا أن المقاول يلتزم بضمان أعمال مساعديه ولزم يعتبروا من أتباعه كما هو الأمر بالنسبة إلى المقاول من الباطن (انظر آنفاً فقرة ٦٢) . ويرجع رب العمل على المقاول الأصلي بالضمان المشدد ، حتى لو كان هذا قد نزل عن المقولة لاخر مادام رب العمل لم يقل هذا الزول ولم يبرئ ذمة المقاول الأصلي (دلفو فقرة ٢٣٦ ص ١٩٧ - مازو ٣ فقرة ١٣٦٦ ص ١٣٢٩ - محمد ليبب شنب فقرة ١٠٥ ص ١٢٣) . وإذا رجع رب العمل على المقاول الأصلي بالضمان ، فإن المقاول الأصلي ، إذا تسلم العمل من المقاول من الباطن ولم يتراض فقط بذلك مسؤوليته ، لا رجوع له على المقاول من الباطن بسبب رجوع رب العمل عليه (بلاتيلور وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٤) .

٢٨ - سبب الضمان

٦٤ - متى يختص الضمان : يتحقق الضمان إذا قام سببه . وسبب الضمان إما أن يرجع إلى البناء ، وإما أن يرجع إلى التصميم ، ويجب في جميع الأحوال أن يقوم خلال عشر سنوات من وقت تسلم العمل . فتبحث إذن هذه المسائل الثلاث .

٦٥ - سبب الضمان يرجع إلى البناء : تقول المادة ٦٥١ مدني كما رأينا إن الضمان يشمل ما يحدث في المنشآت من تدهم كلي أو جزئي ولو كان التدهم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها ، كما يشمل ما يوجد في المنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد مائة البناء وسلامته .

فإذا تدهم البناء كله أو جزء منه ، ولم يكن ذلك راجعاً إلى قوة قاهرة كما سئري ، فالمفروض أن تدهم البناء يرجع إلى عيب في الصنعة أو في التصميم أو في الأرض ، ويكون المقاتل - ومعه المهندس المماري عند الاقتضاء - ملتزماً بالضمان .

وليس من الضروري أن يتدهم البناء كله أو بعضه ، بل يكفي أن يظهر فيه عيب يترتب عليه الضمان^(١) ، والعيب إما أن يكون في المواد التي استعملت في البناء^(٢) ، كأن تكون غير صالحة ، أو تكون مخالفة للمواصفات والشروط المتفق عليها ، أو تكون من نوع رديء لا تسمح به أصول الصنعة^(٣) . وإما أن يكون العيب في الصنعة نفسها ، كأن يكون الأساس غير متين أو غير كاف لإقامة البناء عليه ، أو تكون الحيطان أو الأسقف أو الأرضيات ليست في السلك الواجب أو وقع في تشييدها خلل^(٤) . وإما أن يكون العيب في الأرض التي قام

(١) استئناف مختلط ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٨ .

(٢) يوردي وقال ٢ فقرة ٣٩٣٠ ص ١١٠٠ .

(٣) وذلك كاستعمال خشب من نوع رديء في أرضية البناء (دلفو فقرة ٢٠٩ ص ١٧٦ - عهد ليهب شب فقرة ١٠٨ ص ١٢٨) .

(٤) وقد يكون العيب هو عدم مراعاة الاحتياطات الواجبة عند البناء لوقاية من الحريق (نقض فرنسي ١٦ يونيو سنة ١٩١٤ سريه الموجز ١٩١٤ - ١ - ٩٢ - بلانيرول وديوير جوداست ١١ فقرة ٩٥١ ص ١٩٤) ، أو عدم مراعاة أصول الصنعة (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٨٨) .

عليها البناء ، كأن تكون الأرض هشة أو فيها مستنقعات ولم تتخذ الإجراءات التي تملها أصول صناعة البناء من تعميق الأساس حتى يقوم على أرض صلبة^(١) . وسواء كان العيب في المواد أو في أصول الصناعة أوفى الأرض ، فإنه يجب أن يتوافر فيه شرطان : (الشرط الأول) أن يكون العيب من الخطورة بحيث يهدد سلامة البناء أو متانته . فإذا كان العيب مثلاً في الدهان أو في البياض أو في البلاط أو في الأبواب أو في النوافذ أو في الزجاج أوفى غير ذلك من أجزاء البناء بحيث لا يكون من شأنه أن يهدد سلامة البناء أو متانته ، فإنه لا يوجب الضمان ، وتسرى في شأنه القواعد العامة فتنتفى المسؤولية بتسليم العمل إلا إذا كان خفياً فيكون الضمان لمدة قصيرة يحدها عرف

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥١ ص ١٩٤ - ويجب أن يكون العيب في الأرض بحيث يمكن كشفه بالفحص الذي الدقيق . فإذا كان لا يمكن كشفه حتى بعد الفحص الذي الدقيق ، فإنه لا يترتب عليه الضمان ، ويكون في حكم القوة القاهرة . وقد استسرف في اللجنة للتشريعية مجلس النواب « عن العيب الذي يوجد في الأرض ذاتها إذا كان هذا العيب من الخفاء بحيث يثق كشفه على المهندس الفطن أليكون المهندس مسئولاً عنه ؟ فأجيب بأن المهندس يكون مسئولاً عن العيب الذي يمكن كشفه وفقاً لقواعد الفن ، أما إذا استحال كشف العيب وفقاً لهذه القواعد فإن ذلك يكون في حكم القوة القاهرة ، ولا يكون المهندس مسئولاً عنه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٣ - وانظر آنفاً فقرة ٩٠ في الهامش) - وانظر بودوى وقال ٢ فقرة ٣٩٢٧ - *Falsingse* فقرة ٧٢ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥١ ص ١٩٤ - فإذا وجد تحت الأرض أطلال أثرية في منطقة لا يعرف أن بها آثاراً ، ولم يكن المهندس أو المقاول يستطيع أن يعلم ذلك ، فإن هذا العيب في الأرض يعتبر بمثابة قوة القاهرة (محمد لبييه شطب فقرة ١١٣ ص ١٣٦ - ص ١٣٧) . وإذا كانت الأعمال التي يقوم بها المقاول لا تستلزم فحص الأرض للكشف عن هيوها ، كما في أعمال الزخرفة ، فإن المقاول لا يكون مسئولاً عن عيبه في الأرض أوفى البناء الذي يقوم بزخرفته (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٤٧) . وقد قدمنا أن أعمال الزخرفة لا يتحقق في مقاولاتها الضمان الخاص الشديد لأنها ليس من شأنها أن تهدد سلامة البناء أو متانته انظر آنفاً فقرة ٦١ في الهامش) . وإذا كانت حقيقة الأرض معروفة ، كما هو الأمر في بناء وصيف على جانب شفة النيل ، فإن المقاول يكون مسئولاً إذا هو لم يمر الاختبارات اللازمة في مثل هذه الحالة البناء على أساس صلب (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١١١ - ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٦٣) .

ويستوى أن يكون رب العمل هو الذي قدم الأرض كما هو النال ، أو قدمها المقاول . ولا يقال في هذه الحالة الأخيرة إن المقدد يبيع بمحض كاذب يفسد الفقهاء (ترولون ٢ فقرة ١٠١٥) ، بل لا يزال العقد ينطوي على عنصر المعاولة ، فيقوم ضمان المعاولة لا ضمان البيع (ديراتون ١٧ فقرة ٢٥٥ - بودوى وقال ٢ فقرة ٣٩٥٤ - أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٦) .

الصناعة^(١) . (والشرط الثاني) أن يكون العيب خفياً . فإذا كان العيب ظاهراً بحيث يمكن كشفه بالفحص المعتاد ، فإن تسلم رب العمل للعمل دون اعتراض يعتبر نزولاً منه عن الضمان^(٢) ، بل إن تسلم العمل دون اعتراض يفرض أن العمل خال من العيوب الظاهرة ما لم يكن هناك غش^(٣) .

- (١) استئناف مخطوط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٩ - لودان ٢٦ فقرة ٤٨ -
هيك ١٠ فقرة ٤٢٦ - بودوى وقال ٢ فقرة ٣٩٢٦ - بلانويل وديبير ورواست ١١ فقرة ٩٥١ -
محمد ليب شنب فقرة ١٠٨ ص ١٢٦ - عكس ذلك كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢
فقرة ١١٠١ - ويقطع في ذلك أن المشروع التمهيدى كان صريحاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٩٦
من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : ١٥ - يشمل الضمان المنصوص عنه في المادة السابقة
ما يوجد في المباني والمنشآت الكبيرة التي في حكمها من عيوب يترتب عليها تجديد مثانة البناء وسلامته .
٢ - أما ما هو دون ذلك من عيوب ، كعدم الملاصقة في ترتيب الأماكن المختلفة أو التقصص فيما ينبغي
أن تكون عليه من جبال في ، فلا يترتب عليه سوى ما تقرره القواعد العامة من مسئولية تعاقبية
أو تقصيرية ، (مجموعة الأعمال التصديرية ٥ ص ٢٠ - وانظر أيضاً فقرة ٦٠ من المباحث) .
(٢) بشرط أن يكون التسليم نهائياً ، أما التسليم المؤقت فلا يمنع رب العمل من الرجوع
بالضمان (دلفو فقرة ٢١٣ ص ١٧٩ - محمد ليب شنب فقرة ١٠٨ ص ١٢٨) .
(٣) نقض فرنسي دوائر مجتمعة ٢ أغسطس سنة ١٨٨٢ دالوز ٨٣ - ١ - ٥ - نقض
فرنسي ٣٠ يونيو سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ٤٣٦ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ سيري
١٩٢٩ - ١ - ١٢٨ - هيك ١٠ فقرة ٤٢٦ - بلانويل وديبير ورواست ١١ فقرة ٩٥١
ص ١٩٤ - محمد ليب شنب فقرة ١٠٨ ص ١٢٧ - عكس ذلك بودوى وقال ٢ فقرة ٣٩٢٧ -
أوبري ورو وإسبان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٧ و ص ٤١١ - دى باج ٤ فقرة ٨٩٤ ص ٩٢٥ -
مازو في المسئولية ٢ فقرة ١٠٥٢ - دروس في القانون الملق ٣ فقرة ١٣٧٠ ص ١١٣١ .

وكالعيوب الظاهر العيب المعلوم من رب العمل ، فإن هذا إذا تسلم العمل وهو عالم بالعيب لا يجوز له بعد ذلك أن يرجع بالضمان . وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن العيب يجب أن يكون خفياً وغير معلوم من رب العمل ، وقد قضت المحكمة في هذا المعنى بأن عقد استئجار المصانع لعمل معين ، بالمقابلة على العمل كله أو بأجرة معينة على حسب الزمن الذي يعمل فيه ، يعتبر - بحسب الأصل - متيناً بانقضاء الالتزامات المتولدة عنه على المصانع ورب العمل بتسليم الشيء المصنوع مقبولا وقيام رب العمل بفتح ثمنه . لكن القانون المصري ، على غرار القانون الفرنسي ، قد جعل المقاول والمهندس ضامنين من الخلل الذي يلحق البناء في مدة عشر سنوات (فرنسي ، قد جعل في الأرض أرواح إذن المالك في إنشاء أبنية معينة ، بشرط ألا يكون البناء في هذه الحالة الأخيرة معداً في قصد المتعاقدين لأن يكتم أقل من عشرين . . . لذلك مد القانون ضمان المقاول والمهندس إلى ما بعد تسلم المباني ودفع قيمتها على خلاف ما يقتضيه عقد المقابلة من انقضاء الالتزام بالضمان بتسليم البناء مقبولا بجماعته الظاهرة التي هو عليها . ويجب لقبول دعوى الضمان هذه أن يكون العيب للمبنى في البناء خلافاً لثباته ، وأن يكون خفياً بحيث لم يستطع صاحب البناء كشفه وقت التسليم ، أما ما كان ظاهراً معروفاً فلا يسأل عنه المقاول مادام رب العمل قد تسلم البناء من غير أن يحتفظ

ومنى تحقق سبب الضمان الذى يرجع إلى البناء على الوجه الذى قلمناه ، فإن المفاوض الذى قام بالبناء يكون ملتزماً بالضمان . ويكون ملتزماً بالضمان أيضاً المهندس الممارى إذا عهد إليه بالإشراف على التنفيذ وتوجيه العمل^(١) ، ويكون المفاوض والمهندس الممارى فى هذه الحالة متضامنين فى الالتزام بالضمان . والتضامن هنا بصريح النص ، فقد جاء فى صدر الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدنى كما رأينا : « يضمن المهندس الممارى والمفاوض متضامنين ... » ،

= بمقتضى له (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ - ٤٥٢) . وانظر أيضاً نقض مدنى ٩ يونيو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٦٥ - ١٢٣٥ - محمد كامل مرسى فقرة ٥٩٧ ص ٤٩٩) - وقارن دلفو فقرة ٢٠٧ ص ١٧٤ - جالى ص ٧٢ - ص ٧٣ - بيروس ص ٧٥ (ويرى هؤلاء الفقهاء أنه لا يشترط أن يكون الميب غنياً مادام يهدد سلامة البناء أو ممتلكاته ، والتسليم لا يكتفى لتغطية الميب الظاهر لأن أحكام الضمان من النظام العام فلا يجوز لرب العمل التزول من حقه فى الضمان . وقد رد الأستاذ محمد لبيب شبه على هذا الاعتراض بقى بأن التزول ولو كان ضمنيًا جائز بعد تحقق سبب الضمان ، والمنع هو أن ينزل رب العمل مقدماً وقبل تحقق سبب الضمان من حقه فى الرجوع : محمد لبيب شبه فقرة ١٠٨ ص ١٢٨ هامش ١) .

ولا يشترط أن يكون الميب قديماً ، أى أن يكون موجوداً قبل التسليم . فساد كان موجوداً قبل التسليم ، أو وجدت جراثيمه قبل التسليم كسوس الخشب ثم ظهور الميب ذاته بعد التسليم ، أو طراً أصلاً بعد التسليم ، فإن رب العمل يرجع بالضمان فى جميع هذه الأحوال . أما القواعد العامة فقد كانت تقضى بأن الضمان لا يكون إلا إذا كان الميب (أو جراثيمه على الأقل) موجوداً قبل التسليم ، والميب الطارئ بعد التسليم لا يوجب الضمان ويحمل رب العمل تبعته (محمد لبيب شبه فقرة ١٠٨ ص ١٢٧) .

(٩) ويستخلص ذلك من مفهوم مخالفة المادة ٦٥٢ مدنى ، وهى تقضى بأنه إذا اقتصر المهندس على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ لم يكن مسئولاً إلا من الميوب التى أتت من التصميم ، لفهمهم المخالفة يقضى بأن المهندس إذا كلف الرقابة على التنفيذ كان مسئولاً أيضاً عن عيوبه . والقضاء الفرنسى فى هذا المنحى : نقض فرنسى ٢٠ يونيو سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ١ - ٣٩٧ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٣٥٢) . ويكون المهندس مسئولاً ، سواء كان هو الذى اختار المفاوض أو لم يختاره ، مادام يشرف على التنفيذ (نقض فرنسى ١٦ مايو سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٣٥٢ - باريس ٢٣ يوليى سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعى ١٩٣١ - ٤٦٦) . ويلعب الفقه فى فرنسا إلى وجوب قصر مسئولية المهندس على الميوب التى كان يستطيع كشفها بالإشراف الفنى المتعارف (بودرى وثال ٢ فقرة ٢ فقرة ٣٩٢٧ *Milaville* فقرة ٢٢٢ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٣ ص ١٩٨) ، ولكن بحكمة النقض الفرنسية قضت بمسئولية المهندس حتى لو كان المفاوض قد عدل فى التصميم دون أن يكون فى استطاعة المهندس الملم بهذا التعديل (نقض فرنسى ١٦ مايو سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٣٥٢) . خلا محل إذن التمييز بين ميب وهيب ، ويكون المهندس مسئولاً عن كل عيوب التنفيذ .

وكان هذا النص أكثر وضوحاً في المشروع التمهيدى إذ كانت المادة ٨٩٧/٣ من هذا المشروع تنص على أنه «إذا كان كل من المهندس الممارى والمقاول مسئولاً عما وقع في العمل من عيب ، كانا متضامنين في المسؤولية» (١) . وإذا رجع رب العمل على المقاول والمهندس معاً ، أو رجع على المهندس وحده ، كان للمهندس في الحالتين أن يرجع على المقاول بما دفعه لرب العمل ، لأن الخطأ هو خطأ المقاول وقد أشرف المهندس عليه فصار مسئولاً عنه .

٦٦ - سبب الضمان يرجع إلى التصميم - نص قانونى : تنص المادة ٦٥٢ من القانون المدنى على ما يأتى :

«إذا اقتصر المهندس الممارى على وضع التصميم دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ ، لم يكن مسئولاً إلا عن العيوب التى أتت من التصميم» (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠ - وانظر آنفاً فقرة ٦٠ في الماش - ولا يوجد في القانون المدنى الفرنسى نص على التضامن ، ولكن القضاء فى فرنسا يحكم بالتضامن (نقض فرنسى ١١ يونيو سنة ١٩٠٩ سريه ١٩١٢ - ١ - ١٣ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعى ١٩٢٤ - ٦٨١ - ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٨ جازيت دى پاليه ١٩٣٨ - ٢ - ٦١٣ - ٤ أبريل سنة ١٩٤٠ دالوز الأسبوعى ١٩٤٠ - ١١١ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٤٠ جازيت دى پاليه ١٩٤١ - ١ - ١) . وقد قاس القضاء الفرنسى التضامن هنا على التضامن الذى يقضى به في المسؤولية الجنائية ويعد إلى المسؤولية المدنية التقصيرية . ولكن الفقه الفرنسى ينتقد القضاء ويرى أن التضامن لا يقوم إلا بنص والنص غير موجود ، ولا يمكن القياس على المسؤولية التقصيرية فمسؤولية المقاول والمهندس ليست مسئولية تقصيرية ، والأولى أن يقال إن المسؤولية تقوم بينهما بالتضامن (in solidum) لا بالتضامن (يودى وقال ٢ فقرة ٣٩٤٣ - أوبرى ورو وإسبان ٥ فقرة ٣٧٤ هامش ٢٦ مكرر ٦ - Miviellet ٢٨٢ فقرة ٩٦) . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها بالتضامن بدلاً من التضامن (نقض فرنسى ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ D.C. ١٩٤١ - ١٢٤ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٢ D.C. ١٩٤٢ - ٩٦ - ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٨ مجلة أحكام النقض الفرنسى ١٩٥٨ - ١ - ٣٤٢) ، ولم تقض لا بالتضامن ولا بالتضامن متى تعدد مدعى مسئولية كل من المقاول والمهندس ، بل قضت على كل منهما بمقدار مدعى مسؤوليته (نقض فرنسى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ١٧٥ - ١٢ يمان ١٢ فقرة ٢١٢) . انظر في هذه المسألة بلايول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٥ - كولان وكايتان ودى لاموراندوير ٢ فقرة ١١٠٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٩٧ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتى : «١ - إذا اقتصر المهندس الممارى على وضع التصميم ، دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ ، لم يكن مسئولاً إلا عن العيوب التى أتت من التصميم دون العيوب التى ترجع إلى طريقة التنفيذ» .

ونرى من ذلك أن سبب الضمان قد يرجع إلى عيب في التصميم . والتصميم يضعه عادة مهندس معماري ، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يضعه شخص آخر غير مهندس ، وكثيراً ما يضعه المقاول نفسه^(١) ، وقد يضعه رب العمل . فإذا وضعه رب العمل وكان معيماً كان هو المعلوم ، ولا يرجع على أحد . أما إذا وضعه غيره ، المهندس أو المقاول أو شخص آخر غيرهما ، كان واضح التصميم هو المسئول عن عيوب التصميم ويجب عليه الضمان^(٢) .

٢- وإذا حمل المقاول بإشراف مهندس معماري ، أو بإشراف رب العمل وقد جعل نفسه مكان المهندس المماري ، فلا يكون المقاول مسئولاً إلا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون العيوب التي تأتي من الغلط أو عدم التبصر في وضع التصميم . ٣- إذا كان كل من المهندس المماري والمقاول مسئولاً عما وقع في العمل من عيب ، كانا متضامنين في المسؤولية . وفي لجنة المراجعة خلفت الفقرة الثانية ، ونقلت الفقرة الثالثة إلى مكان آخر ، وحلّت من الفقرة الأولى العبارة الأخيرة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٦٨٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٥٢ (مجموعة الأعمال التصديرية ٥ ص ٢٥ - ص ٢٧) .

ويقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٤١٠/٥٠١ : المهندس المماري الذي لم يؤمر بملاحظة البناء لا يكون مسئولاً إلا عن عيوب رسمه . (وأحكام التقنين المدني القديم تنفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦١٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٥١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٧١ (موافقة المادة ٨٩٧ من المشروع التمهيدى للتقنين المصري) .

تقنين الموجبات والمقود البنائي م ٢/٦٦٨ : وإذا كان مهندس البناء لم يدر الأعمال ،

فلا يكون مسئولاً إلا عن العيب الذي يظهر في الرسم الهندسي الذي وضعه . (وأحكام التقنين البنائي تنفق مع أحكام التقنين المصري) .

(١) بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٣٤ .

(٢) بلايول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٢ ص ١٩٥ - ويسأل المهندس عن عيوب

التصميم ولو لم يكن هو واضعه إذا كان قد تبناه وقام بالإشراف على تنفيذه (جيوار ٢ فقرة ٨٥١ -

هيك ١٠ فقرة ٤٢٦ - بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٢٧ ص ١٠٩٨ - محمد ليب شنب فقرة ١١٧

ص ١٤٥) - وإذا كان المقاول هو الذي وضع التصميم ، فإنه يكون مسئولاً عن عيوبه وعن عيوب

التنفيذ جميعاً ، ولكن مسئوليته عن عيوب التصميم تكون بالقدر الذي تسمح به المقدرة الفنية

لشخص في مستواه (كولان وكايتان وهى لامورالديير ٢ فقرة ١١٠٣) . وإذا تبين للتصميم

وتحمل مسئوليته ، فإنه يكون مسئولاً عما فيه من عيوب (استئناف مخطوط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٦

م ٢٩٤ ص ٧٦) .

وعيوب التصميم إما أن ترجع إلى خطأ في أصول الهندسة المعمارية ، كأن يكون من وضع التصميم لا تتوافر فيه الكفاية الفنية اللازمة ، أو لا يبدل العناية الكافية فيجئ التصميم بعيداً من الناحية الفنية . وإما أن ترجع عيوب التصميم إلى مخالفة قوانين البناء ولوائحه ، كأن يوضع التصميم على أساس البناء على رقعة من الأرض أكبر مما تسمح به هذه النظم ، أو على أساس أن يكون البناء مرتفعاً أكثر مما يجب قانوناً ، أو على أبعاد تخالف القوانين واللوائح ، أو يخرج البناء عن خط التنظيم^(١) .

وسواء رجع عيب التصميم إلى أصول الفن المعماري أو إلى مخالفة القوانين واللوائح ، فإن واضح التصميم - ويكون غالباً هو المهندس المعماري - يجب عليه الضمان ، سواء أشرف على التنفيذ أو لم يشرف . غير أنه إذا أشرف على التنفيذ ، يكون مسئولاً عن عيوب التصميم وعن عيوب التنفيذ في وقت معاً^(٢) ، ويكون متضامناً مع المقاول في حدود عيوب التنفيذ كما سبق القول ، ومستقلاً وحده في الضمان عن عيوب التصميم ولا يكون المقاول مسئول معه^(٣) . أما إذا لم يشرف على التنفيذ واقتصر على وضع التصميم ، فإنه -

(١) بلانير وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥١ ص ١٩٥ - وقد قضى بأن من واجبات المهندس المعماري أن يلاحظ عند وضع الرسم أحكام القوانين المتعلقة بالجوار وقود البناء وحقوق الارتفاق ، سواء ما كان منها مفروضاً بحكم القانون أو ناشئاً عن الاتفاق أو بسبب موقع الأرض الطبيعي ، وله في سبيل ذلك أن يكلف المالك بتقديم مستندات ملكية الأرض المطلوب إقامة البناء عليها حتى يتأكد من ذلك كله ، فإذا امتنع المالك عن تقديمها إليه ألزم المهندس بأن يحصل منه على إقرار بشأن حقوق الارتفاق أو القيود التي لم يحيط بها علماً (مصر الوطنية ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٤ الهامة ٢٦ رقم ٩٨ ص ٢٦٢) .

ويلاحظ أن مخالفة القوانين واللوائح قد لا ترجع إلى التصميم ذاته بل إلى أحوال التنفيذ ، وفي هذه الحالة يكون المقاول الذي قام بأعمال التنفيذ هو الذي يجب عليه الضمان ، ويكون المهندس متضامناً معه إذا هو أشرف على التنفيذ (أوبري ورو وإسبان • فقرة ٣٧٤ ص ٤١٣ - ص ٤١٤) .

(٢) بودوي وقال ٢ فقرة ٣٩٢٧ ص ١٠٩٧ - أوبري ورو وإسبان • فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٨ ص ٤١٠ .

(٣) وقد نصت المادة ٢/٨٩٧ من المشروع النهائي صراحة على هذا الحكم ، إذ كانت تجرى على الوجه الآتي : «إذا عمل للمقاول بإشراف مهندس معماري ، أو بإشراف رب العمل قد جعل نفسه مكان المهندس المعماري ، فلا يكون المقاول مسئولاً إلا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون العيوب التي تأتي من النقص أو عدم التبصر في وضع التصميم » (مجموعة الأعمال التحضيرية • ص ٢٥ - وانظر أيضاً نفس الفقرة في المجلد) .

كما تقول المادة ٦٥٢ سالفة الذكر - يكون ملتزماً بالضمان عن عيوب التصميم وحدها^(١) ، ولا يضمن عيوب التنفيذ لأنه لم يشرف عليه^(٢) . ولا يكون المقاول الذى قام بالتنفيذ ملتزماً بضمان عيوب التصميم إذ التصميم ليس من وضعه^(٣) ، ولكن إذا كان العيب فى التصميم من الواضح بحيث لا يحق على المقاول ، لاسيما إذا كان العيب يتعلق بمخالفة قوانين البناء ولوائحه ، وأقدم المقاول على تنفيذ التصميم بالرغم من العيب الذى فيه ، فإنه يكون هو أيضاً ملتزماً بالضمان^(٤) ويكون فى التزامه هذا متضامناً مع المهندس^(٥) .

(١) استئناف مخطط ١٧ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٥٩ - بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٢٧ ص ١٠٩٨ .

(٢) وقد يعمد إلى المهندس بتسوية الحساب مع المقاول ، فيكون مسئولاً نحو رب العمل من الخطأ الذى يرتكبه فى تسوية هذا الحساب (أوبرى ورو وإسان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٤) .

(٣) استئناف مخطط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٤٧ .

(٤) نقض فرنسى ٥ مارس سنة ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٦ - ٢٦٨ - جيوار ٢ فقرة ٨٥٣ - بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٣٠ ص ١١٠٠ - بلانيول وريبير وبولانيه ٢ فقرة ٣٠٠٦ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٢ ص ١٩٥ ، ومع ذلك قانون فقرة ٩٥٤ - وهناك رأى ينبغي إلى أن المقاول يكون مسئولاً بالتضامن عن جميع عيوب التصميم ، ثم يرجع بالتصميم على المهندس (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٤) .

(٥) وإذا قضى على أى منهما بالتصميم كاملاً لقيام التضامن ، رجع على الآخر فى تقسيم المسؤولية بينهما بنسبة مساهمة خطأ كل منهما فى إحداث الضرر ، مع مراعاة جسامه الخطأ (نقض فرنسى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٤ - ٧١٥ - ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٨ مجلة أحكام النقض ١٩٥٨ - ١ - ٣٤٢ - مازو ٣ فقرة ١٣٧٥ ص ١١٤٣ - محمد لبيب شنب فقرة ١١٨ ص ١٤١) .

وفى تقسيم المسؤولية بين المهندس والمقاول يراعى ما ينسب إلى كل منهما من خطأ . فإن كان الخطأ هو خطأ المقاول وحده ، كما إذا ارتكب خطأ فى التنفيذ وكان المهندس مضامناً معه لأنه هو الذى أشرف على التنفيذ ، فقد قلنا أن المهندس يرجع على المقاول بكل التصويض الذى حكم به عليه (انظر أيضاً فقرة ٦٥ فى آخرها) وانظر بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٤ - دلفو فقرة ٣١١ ص ٢٤٥ - محمد لبيب شنب فقرة ١١٧ ص ١٤١) . وإذا كان الخطأ هو خطأ المهندس ، كما إذا كان الضرر يرجع إلى عيب فى الأرض وكان المهندس دون المقاول هو الذى يستطيع كشف هذا العيب ، رجع المقاول على المهندس بكل التصويض الذى حكم به عليه (دلفو فقرة ٢٥٩ ص ٢٠٩ - محمد لبيب شنب فقرة ١١٨ ص ١٤٢) . أما إذا كان الضرر يرجع إلى عيب فى المواد التى وردها المقاول وكان المهندس مشرفاً على التنفيذ ، فن حكم عليه بالتصويض كاملاً يرجع على الآخر بنسبة جسامه خطأه ، وفى هذه الحالة يكون خطأ المقاول عادة أكثر جسامه من خطأ المهندس (استئناف مخطط ١٩ فبراير سنة ١٩١٣ م ٣٥ ص ١٨٥ -

٦٧ - المدة التي يقوم فيها سبب الضمان : وسواء رجع سبب الضمان إلى البناء أو إلى التصميم على النحو الذي فصلناه ، فإنه يجب أن يقوم في مدة معينة إذا انقضت ولم يكن سبب الضمان قائماً لم يكن هناك محل للرجوع بالضمان . وقد رأينا المادة ٦٥١ مدني^(١) تقرر أن الضمان يتحقق إذا كان سببه قد حدث خلال عشر سنوات تبدأ من وقت تسلم العمل .

وواضح أن سبب الضمان الراجع إلى التصميم يكون قائماً قبل التسليم ، بل قبل التنفيذ ، ويستمر قائماً بعد التنفيذ والتسليم ، ولذلك يكون هذا السبب موجباً للضمان دون حاجة إلى تحديد وقت معين يقوم فيه ، فهو قائم منذ البداية . أما سبب الضمان الراجع إلى التنفيذ فقد يوجد قبل التسليم ويكون خفياً فيتسلم رب العمل الشيء دون أن يفتن للعيب ، ومن ثم يكون العيب موجباً للضمان ، دون حاجة هنا أيضاً إلى تحديد وقت معين يقوم فيه ، فهو قائم قبل التسليم . والسبب الذي يحتاج إلى وقت معين يقوم فيه هو السبب الذي يرجع إلى التنفيذ إذا طرأ بعد التسليم . فقد كانت القواعد العامة تقضي بأن السبب الذي يطرأ بعد التسليم لا يكون موجباً للضمان ، ولكن نظراً لخطورة المباني ووجوب

١ - دلفو فقرة ٢٧٠ ص ٢١٩ - محمد لبيب شنب فقرة ١١٨ ص ١٤٢ . وقد يتبادل الخطآن ، فيحمل كل منهما نصف التوبيخ (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٨٥ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) .

وإذا رجع أي منهما على الآخر - وليست بينهما علاقة عقدية - رجع بموجب أحكام المسؤولية التصديرية ، فإذا ادعى أحدهما أن الضرر قد نشأ خطأ الآخر وجب عليه أن يثبت هذا الخطأ (دلفو فقرة ٣١٣ ص ٢٤٧ - محمد لبيب شنب فقرة ١١٨ ص ١٤٢ - نقض فرنسي ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٩ دالوز مختصر ١٩٥٩ - ٥٣) . ومن يرجع منهما على الآخر يحمل على رب العمل في حقوقه ، فيرجع أيضاً بدعوى الحلول (دلفو فقرة ٣١٣ ص ٢٤٦ - محمد لبيب شنب فقرة ١١٨ ص ١٤٢ - ص ١٤٣) .

هذا وإذا علم المقول بسبب في التصميم فله أن يقف العمل ، ولا يعود إليه إلا إذا أصاح العيب . وقد كان المشروع النهائي يتضمن نصاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٩٠ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : ١٥ - يجوز المقاول البناء أن يقف العمل إذا قرر الخبراء أن تنفيذ التصميم الموضوع لا يمكن أن يتم دون خطر على سلامة البناء . ٢ - ولكن يجب عليه أن يعود إلى إتمام البناء متى بين الخبراء ما يجب إدخاله على التصميم من تعديلات لتتوافق الخطر (مشروع تنقيح للقانون المدني - مذكرة إيضاحية - ٣ النقود المسألة ص ٤٦١ - وقد سقط النص من مجلد الأعمال للتصديرية) .

(١) انظر كلاً فقرة ٦٥ .

امتداد الضمان إلى ما بعد التسليم كما سبق القول ، فقد حدد المشرع مدة لذلك هي عشر سنوات تبدأ من وقت التسليم . وقد رأى المشرع أن هذه مدة كافية لاختبار متانة البناء وصلابته ، فإذا لم يحدث فيه عيب طول هذه المدة ، فقد انقضت مدة الضمان ، ولا عبء بالعيب الذي يظهر بعد ذلك ، حتى لو كان العيب يرجع إلى مخالفة عمدية للشروط والمواصفات المتفق عليها^(١) .

ويبدأ سريان مدة عشر السنوات ، كما يقول النص ، من وقت تسلم العمل . وإذا أتى رب العمل التسليم ، فن وقت إعذاره^(٢) . وإذا كان التسليم على عدة دفعات ، فن وقت أن تمّ الدفعة الأخيرة إذا كانت المنشآت لا يمكن تجزئتها لارتباط بعضها ببعض من ناحية الصلابة والمتانة ، أما إذا كانت المنشآت يمكن تجزئتها بحيث لا ارتباط بين جزء وآخر فن وقت تسلم كل جزء بالنسبة إلى هذا الجزء^(٣) . ويمكن إثبات التسليم وتاريخه بمحضر التسليم إذا

(١) نقض فرنسي ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٤ جازيت دي باليه ١٩٥٥ - ١ - ١٠٠ - مازو في المستولية ٢ فقرة ١٠٦٢ ص ٥١ - محمد ليب شنب فقرة ١١٠ ص ١٢١ - وحتى لو تمّ البناء بعد انقضاء عشر السنوات فأصابه الخلل بشرور ورجح التبر على رب العمل ، فإن هذا الأخير لا رجوع له على المأثول أو المهتس بعد انقضاء مدة الضمان (انظر عكس ذلك نقض فرنسي ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٨ دالورز الأسبوع ١٩٣٨ - ٥٦٢ - وقارن محمد ليب شنب فقرة ١١٠ ص ١٣٢) .

وإذا وجد العيب خلال مدة عشر السنوات ، تحقق الضمان ، حتى لو لم يتكشف إلا بعد هذه المدة ، وفي هذه الحالة ، لا يبدأ سريان التقادم ومدته ثلاث سنوات إلا من وقت الكشف العيب لا من وقت وجوده : انظر في هذا المعنى محمد ليب شنب فقرة ١٠٩ ص ١٣٠ - ص ١٣١ .

(٢) بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٨ ص ٢٠٣ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٠٢ ص ٥٠٧ - وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٦٥٥ ملق في هذا المعنى : « فإذا امتنع (رب العمل) دون سبب مشروع عن التسليم رغم دعوته إلى ذلك يلانداو رضى ، اعتبر أن العمل قد سلم إليه » . (٣) بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٨ ص ٢٠٣ - محمد ليب شنب فقرة ١٠٩ ص ١٣٠ - وقد ينطق على أن يتسلم رب العمل البناء تسليماً موقتاً حتى يتمكن من معاينته مباشرة ثم يصبح التسليم نهائياً بعد مدة معينة ، ففي هذه الحالة تسرى مدة عشر السنوات من وقت التسليم النهائي لا من وقت التسليم المؤقت (مازو في المستولية ٢ ص ٤٩ هامش ١ - محمد ليب شنب فقرة ١٠٩ ص ١٣٠ - عكس ذلك استئناف غنتلط ٣ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٧) . وقد يقوم المأثول بإصلاح العيب ، تسرى مدة عشر سنوات جديدة بالنسبة إلى أعمال الإصلاح الجديدة تبدأ من تسلم هذه الأعمال (أنيسكلوبييني دالورز ٢ لفظ *Entreprise* فقرة ٢١٠ - فقرة ٢١١ - محمد ليب شنب فقرة ١٠٩ ص ١٣١) .

وجد ، أو بتسوية الحساب بين رب العمل والمقاول إذا وجد مستند يثبت ذلك ، أو أية طريقة من طرق الإثبات وتدخل اليئة والقرائن لأن التسليم واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق^(١) . وعبد إثبات التسليم يقع على رب العمل ، لأنه هو الذى يدعى الضمان فيجب أن يثبت أن سببه قد قام فى المدة التى قررها القانون .

ولما كانت مدة عشر السنوات هى مدة اختبار لصلابة المنشآت ومثابرتها ، ففى إذن ليست عمدة تقادم ، وسرى أن هناك مدة للتقادم هى ثلاث سنوات من وقت انكشاف العيب . ومن ثم لا تكون مدة عشر السنوات هذه عرضة لأن توقف ولو وجد مانع يتعذر معه على رب العمل أن يطالب بحقه ، كأن يكون غير كامل الأهلية وليس له نائب بمثله^(٢) . كذلك لا تكون عرضة لأن تنقطع^(٣) .

(١) بلانيول وديجير ورواست ١١ فقرة ٩٥٨ ص ٢٠٤ - وإذا كان محضر التسليم قد حرر بعد التسليم الفعل ، فالعبرة بتاريخ التسليم لا بتاريخ المحضر (مجلس الدولة الفرنسى ٢٠ أبريل سنة ١٨٨٣ دالوز ٨٤-٣-١١٩-١٩ مايو سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤-٣-٥٢ - ٢٦ يولييه سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٣-٣-١-١٢ مارس سنة ١٩٠٩ دالوز ٩١٠-٣-١٢٨ - بلانيول وديجير ورواست ١١ فقرة ٩٥٨ ص ٢٠٤) . وكذلك الأرميا لوسين التسليم الفعل تسوية الحساب مع المقاول ، فالعبرة بتاريخ التسليم الفعل . أما إذا كان التسليم قد سبق لإنجاز العمل ، فالعبرة بتاريخ إنجاز العمل لا بتاريخ التسليم الفعل (مجلس الدولة الفرنسى ١٥ نوفمبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٣-٢-١٥١ - أوبرى ورو ولسان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٢ هامش ٢٩ مكر ٥ - بلانيول وديجير ورواست ١١ فقرة ٩٥٨ ص ٢٠٤) .

(٢) أوبرى ورو ولسان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٢ - جوران ٢ فقرة ١٢٩٩ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٠٣ ص ٥٠٨ - محمد ليب شنب فقرة ١٠٩ ص ١٢٩ .

(٣) وكذلك الحكم فى فرنسا بالرغم من أن مدة عشر السنوات هناك جُعلت أفضلية لرغم دعوى الضمان ، فأصبحت بين أن تكون مدة إسقاط أومدة تقادم ، والرأى غالب هناك أنها مدة إسقاط لا توقف ولا تنقطع (نقض فرنسى ٥ يولييه سنة ١٨٨٣ دالوز ٨٣-١-٣٧٣ - ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعى ١٩٣١ - ٥٦٩ - باريس ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٣٠-٢-١٦١ - بورود ٢٩ أبريل سنة ١٩٤١ جازيت دى پاليه ١٩٤١-٢-١٥٧ - بلانيول وديجير ورواست ١١ فقرة ٩٦٠ - أنسيكليوى دالوز ٢ لفظ *Entreprise* فقرة ٢٠٣ - وقارن لوران ٢٦ فقرة ٦١ - كولان وكايتان وصى لاموراندوير ٢ فقرة ١١٠٦ - انظر عكس ذلك وأن المدة مدة التقادم توقف وتنقطع : ليون الايطالية ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٩-٣٠٠) . أما فى مصر فالمدة إسقاط والتقادم يأتى بعد ذلك ومدة ثلاث سنوات كما سئرى . وقد حكمت محكمة نامور بلجيكا بأنه إذا صدر أمر عاليلخاف مدة التقادم بسبب الحرب ، فلا يسرى هناك

ويجوز الاتفاق على إطالة المدة^(١) لأن الممنوع كما سئى هو الإعفاء أو الحد من الضمان لا التشديد فيه . فيجوز إذن أن يتفق رب العمل مع المقاول والمهندس على أن تبقى مدة الضمان خمس عشرة سنة أو أكثر ، وقد تقضى بذلك جسامه المنشآت ودقة العمل فيها بحيث إن اختبار متانتها وصلابتها يحتاج إلى مدة أطول من عشر سنوات^(٢) .

ولكن لا يجوز الاتفاق على أن تكون المدة أقل من عشر سنوات ، ففي هذا حد من الضمان وهو ممنوع بموجب المادة ٦٥٣ مدنى كما سئى . ومع ذلك يلاحظ أمران : (الأمر الأول) أن رب العمل يستطيع النزول عن جزء من المدة بعد سريانها ، لأنه يستطيع أن ينزل عن الضمان بعد تحققه كما سيجئ ، فأولى أن ينزل عن بعض الضمان . ويتحقق ذلك عملاً بالألا يتمسك رب العمل بكامل المدة لدى القضاء ، فيعتبر هذا نزولاً منه عن حقه^(٣) . (الأمر الثانى) يجوز أن تكون مدة الضمان أقل من عشر سنوات ، إذا كان المقصود من المنشآت ألا تبقى طول هذه المدة . فإذا كان هناك معرض مدته سنة مثلاً ، وأنعام أحد العارضين مبنى فى المعرض يعرض فيه بضائمه ، فإن المفروض.

= الأمر على مدة ضمان المقاول أو ضمان المهندس الممارى ، لأن الشارع جعل مدة السنوات العشر أجلاً تمتد فيه مسئولية المهندس والمقاول ، ومدة الحروب ليس لها تأثير مطلقاً فى هذا الأجل لأن الزمن يجرى بطبيعته فلا يؤثر فى أصل المسئولية وجوداً أو عدماً . فمدة العشر السنوات التى نص عليها القانون ليست من قبيل أحوال التقادم ، وإنما هى مهلة غربها الشارع لانتهاه أجل الضمان . (نامور ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ رقم ١٧ ص ١٧٥) .

(١) مجلس الفولة الفرنسى ٣ يناير سنة ١٨٨١ دالوز ٨٢ - ٢ - ١١٩ - محمد لبيب . شنب فقرة ١٠٩ ص ١٢٩ - ص ١٣٠ - عكس ذلك دالوز فقرة ٢٢٤ ص ١٨٩ .

(٢) وقد تطول مدة عشر السنوات عن طريق آخر ، بأن يكون هناك غش من المقاول والمهندس ، فى هذه الحالة إذا لم يكشف رب العمل الغش لا فى خلال عشر السنوات ولا فى خلال ثلاث السنوات مدة التقادم ، فإنه يستطيع الالتجاء إلى دعوى المسئولية التصهيرية ، وهى لا تقادم إلا بخمس عشرة سنة من وقت وقوع الغش أو بثلاث سنوات من وقت العلم بالغش ، وهذا عند من يقولون بالغيرة بين المسئولية التقدية والمسئولية التصهيرية (انظر فى غش المقاول والمهندس وتأثير ذلك فى مدة الضمان بلافيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٨ مكررة - بوديه وقال ٢ فقرة ٣٩٤٧ - أوبرى وودرويسان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٢ - مازوفى المسئولية ٢ فقرة ١٠٦٢ ص ٥١ - ص ٥٢ - محمد لبيب شنب فقرة ١١٠ ص ١٣١) .

(٣) نفس فرنسى ٥ نوفمبر سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ١٢٢ - بلافيول وريبير . است ١١ فقرة ٩٦٠ .

أن هذا المبنى لا يُلوم إلا سنة واحدة مدة بقاء المعرض وبعد ذلك يهدم ، فتكون مدة الضمان في هذه الحالة سنة واحدة لا عشر سنوات . وقد جاء هذا الحكم صراحة في الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدني ، فهي تقضي كآرائنا^(١) بأن يكون الضمان لمدة عشر سنوات ما لم يكن المتعاقدان قد أرادا أن تبقى المنشآت مدة أقل من عشر سنوات^(٢) .

§ ٣ - جزاء الضمان

٦٨ - موضوع دعوى الضمان : لرب العمل أن يطلب في دعوى الضمان التنفيذ العيني . فإذا تهدم البناء مثلاً كله أو بعضه ، فله أن يطلب إعادة بناء ما تهدم . وله أن يطلب ترخيصاً من المحكمة في أن يعيد بناء ما تهدم على نفقة المدين بالضمان ، المهندس أو المقاول أو كليهما بالتضامن . كما أن له إذا حدث بالبناء عيب وكان يمكن إصلاحه عينا ، أن يطلب من المسئول أن يجر هذا الإصلاح ، أو أن يجبره هو على نفقة المسئول بترخيص من المحكمة^(٣) . وقد يستغنى عن ترخيص المحكمة في حالة الاستعجال الشديد طبقاً للقواعد العامة (م ٢/٢٠٩ مدني) . وإذا كان في التنفيذ العيني إرهاباً للمدين ، جازاً للمحكمة أن تقتصر على الحكم بتعويض (م ٢/٢٠٣ مدني) ، وذلك كما إذا كان لإصلاح العيب يقتضي هدم جزء كبير من البناء يكلف نفقات جسيمة لا تتناسب مع الضرر الناتج عن العيب^(٤) . وفي جميع أحوال التنفيذ العيني يجوز أيضاً

(١) انظر ألفاً فقرة ٦٠ .

(٢) استئناف مخطط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٩٤ - ولا يمكن النص فيه عقد المقابلة على مدة للضمان أقل من عشر سنوات ، بل يجب أن يثبت أن المتعاقدين قصدوا بالبناء أن يبق لمدة أقل من عشر سنوات ، وفي هذه الحالة يجب أن يكون الضمان لكل المدة التي يبق فيها البناء ، ولا يجوز أن يكون لمدة أقل (انظر محمد لبيب شنب فقرة ١٢٠ ص ١٤٥) .

(٣) ويجب على رب العمل أن يطلب مقمداً معانة البناء لاستظهار ما فيه من عيوب وطرق إصلاحها والأعمال اللازمة لذلك ، فإذا لم يفعل وعمد من تلقاء نفسه إلى إجراء تعديلات قبل المماينة الواجبة فإنه يعتبر متنازلاً عن الرجوع بالضمان (استئناف مخطط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١١٧) .

(٤) وعنه من يقولون بأن المسؤولية مسئولية قانونية يكون أيضاً للقاضي الخيار بين الحكم بالتنفيذ العيني أو بالتعويض ، لأن المسؤولية غير عقدية (بلانويل وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٨ ص ١٨٩ - وانظر نقض فرنسي ٢٣ مارس سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٣٤٣) .

الحكم بتعويض إذا كان هناك مقتضى ، كما إذا استغرق إصلاح العيب أو إعادة البناء وقتاً فإن لرب العمل أن يتقاضى تعويضاً عن عدم الانتفاع بالبناء طول هذا الوقت^(١) . كذلك إذا كانت الأعمال التي أجريت لاتصلح العيب إصلاحاً كاملاً ويبقى بعض العيب دون إصلاح ويكون من شأنه أن ينقص من قيمة البناء أو ينقص من ريعه ، فيعوض رب العمل عن ذلك^(٢) .

وقد يحكم القاضي بالتعويض منذ البداية دون التنفيذ العيني . فيقتضى لرب العمل مبلغ يساوى تكاليف إعادة البناء أو إصلاح العيب ، وكذلك ما فات رب العمل من الانتفاع حتى يتم إصلاحه^(٣) . ولما كان الضمان قائماً على مسئولية عقدية كما سنرى ، فإن التعويض يشمل ما أصاب رب العمل من خسارة وما فات من ربح ، بشرط أن يكون الضرر الذى يعرض عنه ضرراً مباشراً متوقع الحصول^(٤) . ويعتبر ضرراً متوقع الحصول أن ينهدم البناء فيقع على أحد المارة فيصيبه بضرر ويرجع الضرر بالتعويض على رب

١- أما في مصر فإن النص (٢٠٣م/٢ مدنى) صريح في أنه يجوز للقاضي الاقتصاد على الحكم بتعويض إذا كان التنفيذ العيني مرفقاً للمدين ، أياً كان الالتزام ولو كان التزاماً عقدياً .

ويجوز لرب العمل أيضاً طلب فسخ العقد ، وللقاضي تقدير الطلب ، وقد يقتصر على الحكم بتعويض إذا كان الضرر يمكن تعويضه (استئناف مخطط ٧ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٥٧) .

(١) استئناف مخطط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٠٠ .

(٢) نقض فرنسى ٢٥ يناير سنة ١٩٠٤ ١٩٠٤ - دالوز ١ - ١٩٠٤ - ٢٣٩ - ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٢٧٢ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ١٣٥ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٨ ص ١٨٩ - دالوفقرة ٢٢٩ ص ١٩٢ - محمد ليبب شنب فقرة ١٢٢ ص ١٤٧ .

وهل العكس من ذلك إذا كان إصلاح العيب يزيد من قيمة البناء ، كما لو كانت المواد التي استخدمت في الإصلاح أعلى قيمة من المواد التي كان يجوز استخدامها ، فإنه يجوز الرجوع على رب العمل بدعوى الإثراء على حساب الغير (نقض فرنسى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ - ١ - ١٥٣ - مجلس الدولة الفرنسى ١٧ ديسمبر سنة ١٨٨٦ دالوز ١٨٨٦ - ٣ - ٢٧ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٨ ص ١٨٩ - محمد كامل مرسى فقرة ٥٩٥ ص ٤٩٨) .

(٣) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٨ ص ١٨٩ .

(٤) ما لم يوجد غش أو خطأ جسيم ، فيكون التعويض عن الضرر المباشر ولو كان غير متوقع الحصول (٢/٢٢١ مدنى) - وعند من يقولون بأن المسئولية قانونية لاعقدية ، يجوز التعويض دائماً عن الضرر المباشر ولو كان غير متوقع الحصول (نقض فرنسى ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ١٥١ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ - ١ - ١٥٣ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٨ في آخرها) .

العمل ، فيدخل هذا التعويض ضمن الأضرار التي أصابت رب العمل ويرجع به على المسئول عن الضمان^(١) . وإذا كانت هناك متقولات لرب العمل داخل البناء . فأنفلها انهدام البناء أو العيب ، فإن هذا يعتبر أيضا ضرراً يجب التعويض عنه لرب العمل^(٢) .

٦٩ - تقادم دعوى الضمان - نص قانوني : تنص المادة ٦٥٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

« تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب »^(٣) .

- (١) محمد لبيب شنب فقرة ١٢٢ ص ١٤٧ (ويشير إلى ثروت أنيس الأسوي في بحث مطبوع في مسئولية المهندس المعماري ص ١٦) .
- (٢) أوبري ورو وإسبان ه فقرة ٣٧٤ ص ٤١٤ - ويجوز عنه الانقضاء أن يطلب رب العمل ، كجزء الضمان نسخ عقد المقاولة وإعادة الشيء إلى أصله كهم البناء المعيب وإعادة الأرض إلى أصلها ، مع التعويض إن كان له مقتضى . ولكن القاضي لا يلجأ إلى ذلك إلا عند الضرورة القصوى (يودى وقال ٢ فقرة ٢٩٣٨ - هيك ١٠ فقرة ٤٢٧ - نقض فرنسي ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١-١-١٥١- عكس ذلك جيوار ٢ فقرة ٨٥٩) .
- (٣) تاريخ النص ؛ ورد هذا النص في المادة ٩٠٠ من المشروع التمهيدى حل الوجه الآتي : ١٥ - على رب العمل ، في المقاولات الصغيرة ، أن يستعمل ماتقرر له من حقوق بسبب العيب في تنفيذ العمل في المهاد الذي يمنحه العرف المعمول به في هذا النوع من الصناعة إن كان هناك عرف متبع ، فإن لم يوجد وجب رفع الدعوى بهذه الحقوق في خلال ستة أشهر من وقت تسلم العمل . ٢ - أما في المقاولات الكبيرة ، فإن دعاوى المسئولية الخاصة التي تستند إلى المواد من ٨٩٤ إلى ٨٩٦ ، ودعاوى المسئولية الأخرى التي تستند إلى القانون العام في العيوب غير المشار إليها في هذه المواد ، يجب رفعها في خلال سنتين من وقت الكشف عن هذه العيوب^(٤) ، وفي لجنة المراجعة خلقت الفقرة الأولى والعبارة الخاصة بدعاوى المسئولية عن العيوب التي تستند إلى القانون العام في الفقرة الثانية لصعوبة التمييز بين المقاولات الكبيرة والصغيرة أولاً ، ولوجوب التمييز بين العيوب الخاصة والعيوب التي تستند إلى القانون العام ثانياً - وزيدت مدة التقادم إلى ثلاث سنوات بدلا من سنتين . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار وقته ٦٨٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٥٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٣٠ - ٣٢ - وانظر آتقاً فقرة ٥٩ في الخاش) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني القديم ، ولذلك كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة طبقاً لقواعد العامة . ولما كان التقنين المدني الجديد قد قرر مدة تقادم أقصر ، فهي ثلاث سنوات بدلا من خمس عشرة سنة ، فإن المدة الجديدة تسرى من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة -

وقد حسم التقنين المدني الجديد بهذا النص مسألة هامة كانت محل خلاف في القانون الفرنسي. ففي التقنين المدني الفرنسي تحدد المادة ١٧٩٢ مدة الضمان بعشر سنوات ، ثم تأتي المادة ٢٢٧٠ في باب التقادم فتجعل تقادم دعوى الضمان بعشر سنوات . وبعد خلاف طويل ، استقر الأمر على أن دعوى الضمان يجب رفعها في مدة عشر السنوات التي يجب أن يظهر العيب في خلالها . وترتب على ذلك أن العيب إذا انكشف في اليوم الأخير من السنة العاشرة ، فإن دعوى الضمان لا يمكن رفعها في اليوم الثاني إذ تكون قد سقطت بالتقادم^(١).

الفدنية قد بدأت قبل ذلك ، أما إذا كان الباقي من المدة القديمة أقصر من المدة التي قررها النص الجديد فإن التقادم يتم وانقضاء هذا الباقي (م ٨ مدني) .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :
التقنين المدني السوري م ٦٢٠ (مطابق) .
التقنين المدني الليبي م ٦٥٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١/٨٧٠ : . . ويجب رفع الدعوى (دعوى الضمان) في خلال سنة من وقت التهم . (ومدة التقادم في التقنين العراقي كما نرى سنة واحدة ، وهي ثلاث سنوات في التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والمقود اللبناني م ٤/٦٦٨ : ويجب أن تقام الدعوى (دعوى الضمان) في خلال ثلاثين يوماً قتيعةً من يوم تحقق الأمر الذي يستلزم الضمان ، وإلا كانت مردودة . (ومدة التقادم في التقنين اللبناني قصيرة جداً فهي ثلاثون يوماً من وقت تحقق سبب الضمان ، في حين أنها في التقنين المصري ثلاث سنوات من وقت انكشاف العيب أو من وقت التهم) .

(١) بلايول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٠٩ - جوسران ٢ فقرة ١٢٩٩ - وهناك رأي في القانون الفرنسي يذهب إلى أن مدة الضمان هي عشر سنوات ، ثم تأتي بعد ذلك مدة التقادم وهي ثلاثون سنة طبقاً للقواعد العامة (لوران ٢٦ فقرة ٥٨ - فقرة ٥٩ - بيدان ١٢ فقرة ٢١٧ - أوبري ورو الطبعة الرابعة ٤ فقرة ٣٧٤ هامش ٣٠ . ولكن هذا الرأي عدل عنه في الطبعة الخامسة) . ويذهب رأي آخر إلى أن المادة ١٧٩٢ مدني فرنسي تحدد مدة الضمان بعشر سنوات ، والمادة ٢٢٧٠ مدني فرنسي تحدد مدة التقادم بعشر سنوات أخرى (ديقرجيه ٢ فقرة ٣٦٠ - نسو في المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٠ ص ٢٥٧) - ولكن كلا الرأيين قد هجر ، واستقر القضا الفرنسي على أن عشر السنوات هي مدة الضمان ومدة التقادم في وقت سما ، فيجب أن يوجد العيب وترفع دعوى الضمان خلال عشر سنوات من وقت انكشاف العيب (نقض فرنسي دوائر مجمعة ٢ أغسطس سنة ١٨٨٢ دالوز ٨٣ - ١ - ٥ - باريس ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٣٠ - ٢ - ١١١ - هواتيه ١٩ ديسمبر سنة ١٩٥١ دالوز ١٩٥٢ - ١ - ٦٤) . ويمكن أن يظهر العيب خلال عشر السنوات حتى يمكن رفع دعوى الضمان ، وليس من الضروري أن ينتظر رب العمل تهم البناء (نقض فرنسي ١٦ يولية سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ١ - ٤٨٨ - ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٠ -

ولما كان التقنين المدني القديم لم يشتمل على نص خاص يحدد مدة للتقادم، فقد انبنى على ذلك أن ذهب القضاء إلى أن دعوى الضمان يجوز رفعها في مدى خمس عشرة سنة من وقت انكشاف العيب^(١)، وهذه هي مدة التقادم طبقاً للقواعد العامة، فكان يجوز أن يبقى المَقاول أو المهندس معرضاً لدعوى الضمان مدة أربع وعشرين سنة من وقت إنجاز العمل، إذا لم يظهر العيب في البناء إلا في السنة العاشرة من وقت التسليم، وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عندما تقول: «وقد ترتب على عدم وجود نص في التقنين الحالي (السابق) يطابق الفقرة الثانية من هذه المادة أن محكمة الاستئناف المختلطة قررت أن دعوى المسئولية قبل المَقاول بناء على نص المادة ٥٠٠ من التقنين المختلط يجوز رفعها بعد مضي عشر السنين المقررة بالنص، ولا يسقط الحق في إقامتها إلا بمضي خمس عشرة سنة من يوم وقوع الحادث. ويتب على ذلك أنه لو حدث الخلل في السنة العاشرة، فإن الدعوى تبقى جائزة حتى تمر بأربع وعشرون سنة من تاريخ تسلم العمل. وقد يكون الداعي إلى تقرير هذا الحل هو الرغبة في ترك وقت كاف لرب العمل الذي يكتشف العيب في آخر لحظة حتى ينتج في دعواه قبل المَقاول، على أن هذه النتيجة تتعارض تماماً مع ما رأيناه من ميل التقنينات الحديثة إلى تقصير المدة التي يكون فيها كل من المَقاول والمهندس مسئولاً. ولذلك يكتفى المشروع بتحديد مدة سنتين (زيت في لجنة المراجعة إلى ثلاث) يجوز رفع الدعوى خلالها، وذلك قياساً على ما قرره المشروع الفرنسي الإيطالي (٥٢٢ م).^(٢)

ويظهر من ذلك أن رب العمل يستطيع أن يرفع دعوى الضمان في ثلاث سنوات، يبدأ سريانها من وقت انكشاف العيب أو حصوله أو إتمامه^(٣)، فإذا

= دالوز ٩١-١-١٥١- وانظر في المسألة بودري وال ٢ فقرة ٣٩٤٤ - فقرة ٣٩٤٥ - جلايول وريور ورواست ١١ فقرة ٩٥٩ - أنيكلوبيدي دالوز ٢ لفظة *Ente approbation* فقرة ١٩٩ - فقرة ٢٠١.

(١) استئناف مختلط ٣ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٧١.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣١.

(٣) ويمكن أن يكتشف العيب أو يحصل الإهمال حتى يستطاع العلم بذلك، ولو لم يتم العلم به فعلاً (انظر في هذا المعنى محمد ليب شنب فقرة ١٢١). ويثبت وقت انكشاف العيب أو حصول الإهمال بجميع طرق الإثبات، لأن المطلوب هو إثبات واقعة مادية. ولا يكتفى لإثبات العلم أن يسكن رب العمل المبنى، فقد لا يظهر العيب إلا بعد السكن مدة طويلة (استئناف مختلط -

انكشف العيب أو حصل الهدم بعد خمس سنوات مثلاً من وقت تسلمه البناء ، كان أمامه ثلاث سنوات أخرى لرفع دعوى الضمان ، أى إلى انقضاء ثمانى سنوات من وقت تسلم البناء . وإذا انكشف العيب أو حصل الهدم فى آخر السنة العاشرة من وقت تسلم البناء ، كان أمامه ثلاث سنوات أخرى لرفع دعوى الضمان ، فيكون قد انقضى ثلاث عشرة سنة من وقت تسلم البناء ، وهذه هى أقصى مدة يمكن أن تنقضى من وقت التسلم إلى وقت رفع دعوى الضمان . فإذا انقضت مدة التقادم ولم ترفع دعوى الضمان ، فإن هذه الدعوى تكون قد سقطت بالتقادم ولا يجوز سماعها .

ولما كانت هذه المدة مدة تقادم ، فلها يرد عليها أسباب الانقطاع ، فتقطع برفع الدعوى الموضوعية^(١) ، وتقطع أيضاً بإقرار المقاتل أو المهندس بحق رب العمل فى الضمان . أما وقف التقادم فلا يرد هنا ، وذلك لأن المدة لا تزيد على خمس سنوات ، ولا يقف التقادم إلا إذا كانت مدته تزيد على خمس سنوات إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٢ مدنى على ما يأتى : « ولا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوفر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً »^(٢) .

٧٠ — المسؤولية نحو الغير : ودعوى الضمان ، كما سنرى ، تقوم على المسؤولية العقدية فيما بين رب العمل من جهة والمهندس أو المقاتل من جهة أخرى . أما بالنسبة إلى الغير ، فليست هناك رابطة عقدية . فإذا أهدم البناء مثلاً ، وأصاب أحد المارة بضرب ، كان للمضروب أن يرجع بالتعويض على حارس البناء (رب العمل) بموجب المسؤولية التقصيرية الناجمة عن حراسة البناء ، وهى مبنية على خطأ مفترض . وكان للمضروب أيضاً أن يرجع

١٩ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٤ . وإذا ظهر السبب وأخطر رب العمل المقاتل به ، فإن سكوتة بعد ذلك لا يمد ترولاً من عن الضمان مادامت مدة التقادم لم تنقضى (استئناف مختلط ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٨) .

(١) ولا يمكن لقطع التقادم أن يرفع رب العمل دعوى مستعجلة بطلب تعيين غير لإثباته حالة البناء (أوبرى ورد وإسان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٢ — محمد ليب شنب فقرة ١٢١) .

(٢) انظر فى هذا المقام محمد ليب شنب فقرة ١٢١ .

بالتعويض على المقاتل أو المهندس ، ولكن بشرط أن يثبت في جانب المسئول خطأ تقوم عليه المسئولية التقصيرية^(١) . وإذا رجع على رب العمل ، كان لهذا أن يرجع على المقاتل أو المهندس بدعوى الضمان على النحو الذي فصلناه بشرط أن يحصل التهم في خلال عشر سنوات التالية لتسلم البناء وأن يرفع دعوى الضمان في خلال ثلاث سنوات من وقت حصول التهم^(٢) .

(١) فراجع الجار على المقاتل أو المهندس إذا لحقه ضرر من البناء ، ولكن بشرط أن يثبت الجار كما قلنا خطأ في جانب المقاتل أو المهندس طبقاً لأحكام المسئولية التقصيرية (بودي وقال ٢ ققرة ٣٩٦٧ وققرة ٣٩٦٩) . بل إن كثيراً من الأحكام تذهب إلى أن الجار لا يرجع إلا على المقاتل أو المهندس ، ولا يرجع له على رب العمل . فقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز لصاحب بناء آخرى بناءه على سبب تقصير المقاتل في أعمال البناء الجار أن يوجه دعواه بالتعويض إلى مالك هذا البناء لمجرد كونه مالكا ، إذ مادام التقصير قد وقع من المقاتل وحده فإن المسئولية من ذلك لا تتعداه (نقض مدني ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة محر ٢ رقم ١٤٠ ص ٤٢١) . وقضت أيضاً بأنه إذا حلت المحكمة المقاتل وحده ، دون الحكومة ، المسئولية من الضرر الذي أحدثه بالمنازل المجاورة المشرور الذي عهدت إليه الحكومة القيام به (حرف حفرة لوضع ماكينة المجارى الخاصة ببلدية النجوم) ، وذلك بناء على أن الحكومة حين عهدت إليه بالعملية ، وهو مقاتل ضئ ، قد حلت مسئولية الأضرار التي قد تحصل ضيا ، وأنه لم يثبت أنها هي قد وقع ضيا خطأ في تصميم العملية التي نسبت له وشار على أسسه ، ولا أن المهندس الذي كلفه الإشراف على العمل لتعمل تدخلت فعلياً في الأعمال التي كان يجريها ، وأن وضع الحكومة للمواصفات المقاتلة ورسومها وعدم استطاعة المقاتل الخروج من حدود هذه المواصفات لم يكن ليحول دون أن يتخذ هو من جانبه الاحتياطات التي كان يجب اتخاذها لمنع الضرر عن الغير عند تنفيذ المقاتلة ، فإن هذا الحكم لا يكون في قضائه يلمم مسئولية الحكومة قد شابه تصور في إيراد الوقائع (نقض مدني أول يولي سنة ١٩٤٤ مجموعة محر ٤ رقم ١٤٥ ص ٣٩٧) - وانظر أيضاً استئناف مصر ١٩ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٤٤ ص ١٠٣ - مصر الوطنية ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة ٧ رقم ٣٨٩ ص ٥٨٤ - ٨ يولي سنة ١٩٢٧ المجموعة ٨ رقم ٣٣ ص ٥٩ - ٢٣ مارس سنة ١٩٣٦ المجموعة ١٧ رقم ٣١٥ ص ٦٥٣ - استئناف مخطوط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٥٤ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٣٦ - ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٨٢ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٦٠ .

وكما يمكن المقاتل مسئولاً عن خطأه مسئولية تقصيرية نحو الغير ، فإنه يمكن كذلك مسئولاً عن خطأ أتباعه مسئولية المتنوع من التابع ، ولكنه في هذه المسئولية التقصيرية لا يكون مسئولاً عن خطأ المقاتل من الباطن لأنه لا يعتبر تابعا له (بودي وقال ٢ ققرة ٣٩٦٠ وققرة ٣٩٦٨) .

(٢) استئناف مخطوط ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٤٧ ص ٢٠ - نقض فرنسي ٢٨ يولي سنة ١٩٣٨ دالوز الأسبوعي ١٩٣٨ - ٥٦٢ - أويري ورو وإسمان ٥ ققرة ٣٧٤ - ٤١٤ - بلاتول وريبير ورواست ١١ ققرة ٩٤٧ مكرونة - جورسان ٢ ققرة ١٣٠١ - أنسكيليكوي دالوز ٢ لفظ Entreprise ققرة ٢٢٩ - ققرة ٢٣١ - محمد ليب شنب ققرة ١٢٣ .

هذا وقد يكون الما قول أو المهندس مسئولاً نحو الغير باعتباره حارس البناء على أساس خطأ مفترض ، إذا كان البناء لازال تحت يد الما قول أو المهندس قبل تسليمه لرب العمل^(١) .

وتتقادم دعوى المسؤولية التقصيرية من الغير قبل المهندس أو الما قول ، أو قبل رب العمل ، بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الضرر بحصول الضرر وبالشخص المسئول عنه ، وتسقط فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع (م ١/١٧٢ مدنى)^(٢) .

§ ٤ - انتفاء الضمان

٧١ - وعرض الضمان تقوم على المسؤولية العقدية : رأينا عند الكلام فى الضمان بوجه عام أن الما قول يكون مسئولاً عن جودة العمل ، فيكون مسئولاً عن كل عيب فى الصنعة^(٣) . وهذه المسؤولية هى لاشك مسؤولية عقدية ، لأنها تقوم على التزام عقدى أنشأه عقد الما قولة . وهذا يصدق أيضاً على الما قولات المتعلقة بالمنشآت الثابتة فى الأرض ، فهى كسائر الما قولات تنشئ التزاماً فى ذمة الما قول أن تكون المنشآت خالية من العيب ، فإذا أهدم البناء أو ظهر فيه عيب فقد تحققت المسؤولية العقدية للما قول أو المهندس^(٤) . وهذا المبدأ على وضوحه ، ليس محل إجماع فى فرنسا . فالقضاء الفرنسى

(١) دلفر فقرة ٢١٦ ص ٢٤٨ - محمد ليب شنب فقرة ١٢٣ (ويشير إلى ثروت أنيس الأسيوطى فى مسؤولية المهندس الممارى ص ٥ - ص ٨) .

(٢) محمد ليب شنب فقرة ١٢٣ .

(٣) انظر آلفاً فقرة ٥٩ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن مسؤولية الما قول أو المهندس من خلال البناء بعد تسليمه طبقاً لقاعدة ٥٠٩ مدنى (قديم) لا يمكن اعتبارها مسؤولية تقصيرية أساسها الفعل الضار من جنحة أو شبه جنحة مدنية ؛ ولا يمكن كذلك اعتبارها مسؤولية قانونية من نوع آخر مستقلة بذاتها ومنفصلة عن المسؤولية العقدية المقررة بين الما قول وصاحب البناء على مقتضى عقد الما قولة ، وإنما هى مسؤولية عقدية قررها القانون لكل عقد ماقولة هل البناء ، سواء أنص عليها فى العقد أم لم ينص ، كمسؤولية البائع عن العيوب الخفية فإنها ثابتة بنص القانون لكل عقد بيع هل أساس أنها ما يترتب قانوناً هل عقد البيع الصحيح (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة ص ٢ رقم ١٥٤ ص ٤٥٢) - وانظر أيضاً نقض مدنى ٩ يونيو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٦٥ ص ١٢٣ - محمد كامل مرسى فقرة ٥٩٤ .

يذهب إلى أن مسئولية المقاول والمهندس عن عيوب البناء مسئولية تقصيرية^(١)؛ ولكن الفقه الفرنسي يذهب المذهب الصحيح ، ويقول بأن المسئولية مسئولية عقدية^(٢) . والذي جعل الأمر محل خلاف على هذا الوجه أن هناك رأياً يذهب إلى أن ضمان المقاول لجودة العمل ، وهو الضمان القائم على المسئولية العقدية ، ينتهي بتسليم العمل والتسليم يغطي كل العيوب التي تظهر فيما بعد . فإذا بقي مقاول المنشآت الثابتة ، دون غيره من المقاولين ، ملزماً بضمان العيوب التي تظهر في البناء بعد التسليم لمدة عشر سنوات ، فليس هذا هو الالتزام العقدى الذى انتهى بالتسليم كما سبق القول ، وإنما هو التزام تقصيرى بحسب ما ذهب إليه القضاء الفرنسى فيما قلنا ، أو هو التزام قانونى أوجبه القانون رعاية لرب العمل نظراً لخطورة المنشآت الثابتة ووجوب اختبار صلاحيتها ومثابقتها مدة من الزمن فيما يذهب إليه بعض الفقهاء^(٣) .

ولكننا رأينا أن التسليم لا يغطي إلا العيوب الظاهرة . أما العيوب الخفية ، في جميع المقاولات سواء كانت مقاولات منشآت ثابتة أو مقاولات أخرى ، فلا تغطي بالتسليم ، ولكن يبقى المقاول مسئولاً عن عيوب الصنعة فيما المدة التي يقضى بها العرف في غير مقاولات المنشآت الثابتة^(٤) . أما في مقاولات

(١) نقض فرنسى ١٥ يونيو سنة ١٨٦٣ دالوز ١٦٣-١-٤٢١-٢٦ نوفمبر سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٥-١-٢٠-٢٩ مارس سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٢-١-٢٨٩-٢٤ مايو سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٤-١-٤٥١-١٦ مايو سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥-١-٣٥٢-١٩ يونيو سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعى ١٩٢٩-٣٩٣-٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٤ جازيت دى پاليه ١٩٥٥-١-١٠٠ .

(٢) بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٤٢ وفترة ٣٩٤٣ - أوبرى ورو وإسبان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١١ حاشى ٨ - لالو في المسئولية المدنية الطبعة الثالثة فقرة ٤٧٩ - مري مازو مقال له في المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية في مجلة للقانون المدنى الفصلية سنة ١٩٢٩ ص ٦١٢ فقرة ٥٣ - مازو في المسئولية المدنية ١ فقرة ١٤٨ حاشى ٣ - بياكان رسالة من ليل سنة ١٩٣٢ - دلفو فقرة ١٨٨ ص ١٦٩ - سالكتييه في المهنة الحرة ص ٣١١ - بلانيول وريبير وبولافيه ٢ فقرة ٣٠٠٤ - كولان وكابيتان ودى لاوراندهير ٢ فقرة ١٠٩٦ - جوران ٢ فقرة ١٢٩٨ (ويدهوها بالمسئولية العقدية المشددة) .

(٣) انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٧ .

(٤) انظر آلفاً فقرة ٥٩ .

المنشآت الثابتة فقد رأى المشرع ألا يترك هذه المدة للعرف نظراً لخطورة هذه المقاولات ، وحدد مدة الضمان بمئتي سنوات ، ورأى أن هذه المدة ضرورية لاختبار متانة البناء وصلابته ، ومن ثم كانت أحكام هذه المسؤولية دون غيرها من النظام العام كما سنرى .

٧٢ - كيف يفنى الضمان : والزام المقاول بضمان العيب في المنشآت الثابتة هو الزام بتحقيق غاية ، لا التزام ببذل عناية^(١) . فيمكن إذن أن يثبت رب العمل أن هناك عقد مقاوله محله منشآت ثابتة : وأن هذه المنشآت وجدت فيها عيوب على النحو الذى فصلناه فيما تقدم^(٢) في خلال عشر السنوات التالية لتسليم البناء ، حتى يقوم الزام المقاول بالضمان . ولا حاجة لأن يثبت رب العمل أن هناك خطأ في جانب المقاول أو المهندس^(٣) ، إذ وجود العيب في البناء هو ذاته الخطأ ، كما هو الأمر في كل الزام بتحقيق غاية^(٤) .

ولا يستطيع المقاول أو المهندس أن ينفي مسؤوليته عن الضمان إلا بإثبات السبب الأجنبي^(٥) . بل إنه لا يستطيع نفي مسؤوليته بإثبات أى سبب أجنبي ،

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٨ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٥ - فقرة ٦٦ .

(٣) بلانجيل وريير ودواست ١١ فقرة ٩٤٩ - كولان وكليبتان وصى لاموراندوير ٢ فقرة ١٠٩٩ - چوسران ٢ فقرة ١٢٩٨ ص ٦٨٠ - مازو ٣ فقرة ١٣٦٧ ص ١١٢٩ - محمد ليب شنب فقرة ١١١ - عكس ذلك جيوار ٢ فقرة ٨٣٩ - لوران ٢٦ فقرة ٢٩ وبابيلما - بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٤١ - دلفو فقرة ٢١٩ ص ١٨٢ - Mivvielle من مهنة المهندس المهارى فقرة ٢٦٢ وبابيلما .

(٤) مازو ٣ فقرة ١٣٦٧ ص ١١٢٩ - سليمان مرقس دوس في المسؤولية المدنية لقسم الدكتوراه فقرة ١٩٣ ص ٣٩٨ - محمد ليب شنب فقرة ١١١ - قارن ص ١٩٧ فقرة ٨٩٧ .
(٥) مازو ٣ فقرة ١٣٦٧ - كولان وكليبتان وصى لاموراندوير ٢ فقرة ١٠٩٩ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٠٠ - محمد ليب شنب فقرة ١١٢ - ومن ثم لا يمكن لدفع المسؤولية أن يثبت المقاول أو المهندس أنه اتخذ جميع الاحتياطات اللازمة حتى لا يتهم البناء أو حتى لا يوجد عيب (سليمان مرقس في تعليق له بمجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ٦٥٦ فقرة ١٥ - محمد ليب شنب فقرة ١١٢ ص ١٣٥ - عكس ذلك استئناف مخطط ٢ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ (٣٧١) . ويرتب حل ذلك أن مسؤولية المقاول أو المهندس لا تنفع إذا بين سبب التهم أو العيب مجهولاً (استئناف مخطط ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٨ - محمد ليب شنب فقرة ١١٢ ص ١٣٥) .

وإنما يجب هنا التمييز بين القوة القاهرة وخطأ رب العمل ، فإثبات القوة القاهرة يبنى الضمان ، أما إثبات خطأ رب العمل فلا يبنى الضمان في جميع الأحوال ، وذلك على التفصيل الآتي .

٧٣ — القوة القاهرة : كان المشروع التهديدى للتقنين الملقى يشمل على نص صريح في هذه المسألة ، فكانت المادة ٨٩٨ من هذا المشرع تنص على ما يأتى : « يسقط عن المهندس المهارى والمقاول الضمان المقرر في المادتين السابقتين إذا تبين من الظروف التى أدت إلى كشف عيوب البناء أن هذه العيوب قد نشأت عن قوة القاهرة ، كما لو حصل خلل في استقرار الأرض التى أقيم عليها البناء إذا كان هذا الخلل قد نشأ لا عن موقع الأرض أو عن حركتها الذاتية بل عن أسباب خارجة لم يكن في الإمكان توقعها وقت البناء » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدى في هذا الصدد : « يؤيد هذا النص ما جرى عليه قضاء المحاكم المصرية ، وعلى الأخص محكمة الاستئناف المختلطة . ويستند هذا القضاء على مبدأين أساسيين : (١) الخلل في البناء إذا حصل في خلال عشر سنوات لا يكتفى وحده لتقرير مسئولية المقاول ، إذا كان من الثابت أن هذا الخلل لا يرجع لخطأه (استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٢١ ب ٣٣ ص ٣٧١) . (٢) تهم البناء الذى لم يثبت سببه بوجه قاطع يفترض أنه راجع لميب في الصنعة يسأل عنه المقاول (استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩١٣ ب ١٥ ص ٣٥٩) . وهكذا تكون المادة ٤٠٩/٥٠٠ من التقنين الحالى (السابق) قد أقامت قرائن على افتراض الخطأ ، من بينها واحدة ليس من السهل دفعها ، وهى قرينة افتراض خطأ أو إهمال في جانب المقاول إذا كان الخلل راجعاً إلى طبيعة الأرض . بل لا يجوز أن نسهل دفع هذه القرينة عن طريق الالتجاء لرأى الخبراء ، لإثبات أن المقاول لم يرتكب أى خطأ ففى كشف طبيعة الأرض ونعريف عيوبها ، إذ يخفى أن يحابى الخبراء أبناء مهنتهم فضوت بذلك الحماية التى قصدها المشروع . ولذلك قيد المشروع من حالات قبول القوة القاهرة كسب لسقوط المسئولية ، وجعلها قاصرة على الحالة التى يكون فيها ثبوتها قاطعاً دون حاجة لأهل الخبرة . ويمتاز هذا النص أيضاً بميزة التوفيق بين الحلول التى قررتها محكمة الاستئناف المختلط في بعض الحالات العملية . من ذلك استبعاد مسئولية المقاول المكلف

بتغطية الطريق بالأسفلت ، إذا كان العيب الحادث في غطاء الأسفلت ناجماً عن هبوط الشارع بسبب خلل في مجارى المياه الممتدة في باطن الأرض (استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ٢٢١) . وكذلك استبعاد مسئولية المقاول الذى استعمل مواد وأدوات انعقد الإجماع على جودتها ، إذا كان من الثابت أن الخلل الحادث بسببها راجع إلى الأحوال الجوية الخاصة بالقطر المصرى (استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٢١ ب ٣٣ ص ٣٧١ : على أن هذا التطبيق محل للمناقشة) . وفى طائفة أخرى من الأحكام قررت المحكمة إلقاء مسئولية تهدم البناء تحت ضغط مياه الأمطار على عاتق المقاول ، حتى لو كانت هذه الأمطار وافرة للدرجة غير عادية ، خصوصاً إذا كان البناء منخفضاً بمحاور الشارع (استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٠٣ ب ٦٥ ص ٣٥٨ - ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ ب ٢٦ ص ١٦٩) . كما أن المحكمة رفضت تمسك المقاول بالقوة القاهرة للتخلص من المسئولية بسبب هبوط أرضه بمقامة على جوانب النيل (البلتان جدول عشرين ٢ نمرة ٢٤٢٣) . وقد قصد المشروع بالذات هذه الطائفة الأخيرة من الأحكام ، فذكر إلى جانب موقع الأرض حركتها النائية . وفى لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتى : « يسقط الضمان عن المهندس المعمارى والمقاول إذا أثبتنا أن تهدم البناء أو العيب الذى ظهر يرجع إلى سبب أجنبي لا يد لها فيه » . ووافق مجلس النواب على النص ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفته اكتفاء بالرجوع إلى القواعد العامة^(١) . والقواعد العامة تقضى بأن الالتزام بالضمان يتقضى إذا أثبت المقاول أو المهندس أن تهدم البناء أو وجود العيب يرجع إلى قوة القاهرة^(٢) ، وهولايبنى بذلك وقروح الخطأ ، وإنما يبنى علاقة السببية بين الخطأ والضرر . وقد أوردت المذكرة الإيضاحية ، كما رأينا ، أمثلة مختلفة من القضاء المختلط يبين منها متى تكون هناك قوة القاهرة ومتى لا تكون . فإذا أثبت المقاول أن العيب فى الأسفلت الذى رصف به الطريق يرجع إلى هبوط الشارع بسبب خلل فى مجارى المياه الممتدة فى باطن الأرض ، كان هنا قوة القاهرة ، لأن هبوط

(١) بمسودة الأعمال التشريعية ص ٢٥ - ص ٢٨ فى الملمس .

(٢) نفث فى فرنسا ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٠ فى الفرز ١٩٠١ - ١ - ١٥٣ - أوبرى ودم

ولسان ، فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٦ .

الشارع وهو الذى سبب تكسر الأسفلت لا يرجع إلى موقع الأرض ولا إلى حركتها الذاتية ، بل يرجع إلى مجار المياه ممتدة فى باطن الأرض وقد انفجرت فأحدثت هذا المهبوط . ومن ثم لا يجب على المقاول الضمان فى هذه الحالة ، وقد انتفت مسئوليته بإثبات القوة القاهرة . أما إذا هبطت أرصفة مقامة على جوانب النيل ، فلا يعتبر ذلك قوة القاهرة ، لأن المهبوط يرجع إلى موقع الأرض من النيل ، ومن ثم يكون المقاول مسئولاً عن الضمان^(١) . وإذا رجع تهم البناء أو العيب فيه إلى عيب فى الأرض لا يمكن كشفه بالفحص الفنى المعتاد ، فقد قدمنا أن هذا يعتبر أيضاً فى حكم القوة القاهرة^(٢) .

٧٤ - خطأ رب العمل : والأصل أن خطأ رب العمل يبنى علاقة السببية ، فلا يلزم المقاول بالضمان . فإذا رجع العيب فى البناء إلى عيب فى المواد التى استخدمت فيه وكانت هذه المواد قد أحضرها رب العمل ، وقد أثبت المقاول ذلك ، فقد أثبت خطأ رب العمل وتنتفى فى الأصل مسئوليته . ولكن قد يكون العيب فى المواد بحيث كان المقاول يستطيع أن يكشفه وبنيه رب العمل إليه ، فعند ذلك يكون هناك أيضاً خطأ فى جانب المقاول قد يكون سبباً فى مشاركته رب العمل المسئولية بحسب جسامه خطأ كل منهما ، وقد يجب خطأ المقاول خطأ رب العمل ، أو يجب خطأ رب العمل خطأ المقاول ، فينفرد أحدهما بالمسئولية . وقد يتدخل رب العمل فيعطى تعليقات خاطئة للمقاول ويطلب إليه أن ينفذها فينتج العيب عن ذلك ، وهنا أيضاً يكون هناك خطأ فى جانب رب العمل وخطأ فى جانب المقاول الذى أطاع

(١) ولا يعتبر قوة القاهرة تقلب الجو ثقلياً متعادلاً يكون من شأنه إحداث تدد أو تقلص فى البناء (استئناف غخط ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٨) .

(٢) انظر آتفاً بقرة ٦٥ فى الماشى - أما إذا كان هناك عيب فى البناء ، ثم تهدم البناء بقرة القاهرة دون أن يكون للعيب دخل فى تهدمه ، فإن رب العمل لا تعود له مصلحة فى رفع دعوى الضمان ، فإن البناء كان سيهدم ولو لم يوجد فيه هذا العيب . فإذا باتت له مصلحة ، جاز أن يرجع بالضمان . مثل ذلك أن يكون للعيب من شأنه أن يزيد فى الضرر الناتج عن تهدم البناء ، أو أن شركة التأمين تتجج بالعيب فى البناء فتقطع لصاحبه تعويضاً أقل ، ففى مثل هذه الأحوال يرجع رب العمل بالضمان على المقاول بالمقدار الذى أصيب فيه بضرر من جراء العيب (بلانيرول وريبير ورواست ١٦ بقرة ٩٥٦ ص ٢٠٠ وقارن Gallie فى مسئولية المقاول لإزالة رب العمل وصاغة من باريس سنة ١٩١٠ ص ٦٣ - Corbennat ص ١٠٢) .

هذه التعليقات الخاطئة ، فيشتركان في المسؤولية أو يجب خطأ أحدهما خطأ الآخر بحسب جسامه الخطأ^(١). وقد يضع رب العمل نفسه بتصميم البناء فيجبه معيياً ويتسبب عن ذلك عيب في البناء ، فيشترك مع المقاول في المسؤولية إذا كان عيب التصميم مما يمكن للمقاول كشفه ، أما إذا كان العيب مما لا يمكن للمقاول كشفه لاسيما إذا كان رب العمل هو نفسه مهندساً معيارياً فإن خطأ رب العمل ينفي المسؤولية عن المقاول^(٢).

وهناك أمر يصلر من رب العمل ، أشارت إليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدني^(٣) ، لا يعتبر خطأ منه ، ولا يؤثر في مسئولية المقاول ، بل تبقى هذه المسؤولية كاملة ويرجع عليه رب العمل بالضمان كاملاً . وذلك

(١) وقد قضى بأن تدخل رب العمل ، سواء بتقديم مواد معيبة أو بالموافقة على تصميم معيب أو بفرض مواصفات معيبة ، لا يفي المهندس أو المقاول من المسؤولية ، لأنه كان من الواجب أن ينبه رب العمل إلى العيب ، بل كان عليه عند الاختضاء أن يتتبع من تنفيذ العمل المعيب ، فيقاسم المقاول أو المهندس رب العمل المسؤولية (استئناف مخطوط ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٩ - ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٩ - مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٧٨ - ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٥٣ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٧٦ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٣٧٩ - جوار ٢ فقرة ٨٧٥ - بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٥٠ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٦ - دلفو فقرة ٢٧٧ ص ٢٢٤ - چوسران ٢ فقرة ١٢٩٨ - محمد ليبب شذب فقرة ١١٤ .

(٢) نقض فرنسي ٨ ديسمبر سنة ١٨٥٢ : دالوز ٥٤ - ٥ - ٦٥٣ - أول ديسمبر سنة ١٨٦٨ : دالوز ٧٢ - ١ - ٦٥ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٨٨٨ : دالوز ٨٩ - ١ - ٩٠ - ١٦ يوليو سنة ١٨٨٩ : دالوز ٩٠ - ١ - ٤٨٨ - ١١ نوفمبر سنة ١٩٤٢ D.C. - ١٥٣ - ١٨ فبراير سنة ١٩٤٤ D.A. - ١٩٤٤ - ٦٣ - بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٥٠ ص ١١١٠ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٦ - أوبري ورواست ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٠ - ص ٤١١ - ويتر بوجه خاص تدخل الإدارة في أعمال المقاول - في مقاولات الأشخاص العامة - سبياً لتصنيف مسئولية المقاول أو هوها ، متى تبه المقاول الإدارة إلى الأضرار التي تنجم عن تنفيذ التعليمات التي تصدرها له الإدارة (مجلس الدولة الفرنسي ٢٥ يونيو سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ٣ - ٩٣ - ٢ أبريل سنة ١٩١١ : دالوز ١٩١١ - ٣ - ١٣ - ومع ذلك انظر مجلس الدولة الفرنسي ١٣ مايو سنة ١٨٩٩ : دالوز ١٩٠٠ - ٣ - ٩٣) . ولكن إذا اشترط رب العمل ألا يجري المقاول أي تعديل بغير موافقة المهندس المقام من قبله ، وأن لهذا المهندس حق رفض المواد المعيبة التي يقدمها المقاول ، فإن هذا كله لا يعتبر تدخلا من رب العمل بميل الإدارة في يده ويمنع المقاول من المسؤولية ، بل هي احتياطات اتخذها رب العمل لتثبت من تنفيذ شروط العقد (استئناف مخطوط ٥ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١١١) .

(٣) انظر أيضاً فقرة ٦٠ .

إذا كان « رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعبية » ، ففي هذه الحالة يكون الخطأ هو خطأ المقاول ، ولم يفعل رب العمل إلا أن يجيز هذا الخطأ ، والمقروض أن رب العمل غير في فلا يعتد بإجازته ، ولا يكون لهذه الإجازة أثر في مدى مسئولية المقاول عن الضمان^(١) .

٧٥ - **إعفاء على إرضاء منه الضمان أو الحر منه لا ينفى به الضمان** - نص قانوني : تنص المادة ٦٥٣ من التقنين المدني على ما يأتي : « يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه »^(٢)

(١) ديفر جيه ٢ فقرة ٣٥١ - لوران ٢٦ فقرة ٥١ وما بعدها - جيوار ٢ فقرة ٨٧٥ فقرة ٨٧٦ - بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٥٠ - ومن باب أول لا يكون وجود رب العمل وإشرافه على العمل سبباً في تخفيف مسئولية المقاول ، وقد قضى بأن وجود مهندس من قبل رب العمل للإشراف على التنفيذ لا يؤثر في مسئولية المقاول ، ولو تلى هذا من المهندس تعليمات تخالف أصول فن البناء ، لأنه مستقل في عمله عن المهندس (استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٦٨ ص ١١٦ - دلتو فقرة ٢٣٩ ص ٢٠١ - محمد لبيب شنب فقرة ١١٤ ص ١٣٩) . وقضى في نفس المعنى بأنه لا يرفع المسئولية عن المقاول اشتراك المالك معه في الرأي أو تنفيذ المقاول لأمر المالك إذا كان فيه مخالفة لأصول الفن (مصريون استئناف ١١ مايو سنة ١٩٢٧ المحبوعة الرسمية ٢٩ رقم ١٢ ص ٢٥) . وقضى أيضاً بنبوت مسئولية المقاول حتى لو تدخل المالك في العمل ولم يتخذ المقاول إلا ما أمره به المالك ، لأن من واجب المقاول أن يمنع عن كل عمل يخالف أصول الفن ولو أمره به المالك (مصر الوطنية ٨ يونيو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٣ ص ٥٩) . وقضى كذلك بأن المهندس المعماري والمقاول مسئولان بالتضامن عن غلط المبادئ في مدة عشرين سنة ، ولو كان الخلل ناشئاً عن عيب في الأرض أو كان المالك أذن في إنشاء الأبنية المعبية ، وحل ذلك في ظهر أن « المدة » المسلحة ضرورية لصالح البناء تعين على المقاول النص عليها في العقد وتبني المالك إليها حتى إذا تجاوزها هذا وأشار بعدم عملها ، فالمقاول مسئول أمامه إذا حدث غلط في البناء بسبب عدم عملها في خلال عشر سنوات ، ويكون إعفاؤها في العقد غير محل للمقاول من مسئولية (استئناف مصر ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٢٨ ص ٧٠٢) . وقد كان المشروع انتهى يتضمن نصاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٩٢ من هذا المشروع تنص على ما يأتي « إذا أعبر المهندس المعماري أو المقاول رب العمل ، قبل التنفيذ أو في أثناءه ، بما ينجم من خطر من جراء تنفيذ العمل وفقاً للشروط المطلوبة فإن ذلك لا يفيده من المسئولية ... حتى بالنسبة للأعمال التي يكون رب العمل قد أمر بها رغم هذا التحذير » (مشروع تنقيح القانون المدني - مذكرة إيضاحية - ٣ المقود الجسدية ص ٤٦٢ - وقد نقتل النص من مجموعة الأعمال التوضيحية) .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في الملحق ٨٩٩ من المشروع انتهى على الوجه -

وقد قلنا أن الضمان بوجه عام - عند ضمان المقاول والمهندس - لا تعتبر أحكامه من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، أى يجوز تشديدها أو تخفيفها أو إلغاؤها باتفاق خاص^(١) . أما ضمان المقاول والمهندس ، وهو الضمان الخاص الذى نحن بصدده ، فتعتبر أحكامه من النظام العام بنص صريح هو النص الذى أسلفنا ذكره . ويبرر ذلك أن رب العمل لا يكون عادة ذا خبرة فنية فى أعمال البناء ، ولذلك خاض القانون هذه الحماية الخاصة التى رأيناها فى تحديد مدة طويلة لاختبار متانة البناء وصلابته . والمقاول والمهندس ، وهما من رجال الأعمال ذوى الخبرة الفنية ، وهما فى الوقت ذاته الجانب الأقوى فى عقود الماولة بسبب هذه الخبرة ، يستطيعان أن يضيعا هذه الحماية على رب

= الآق : ١٥ - فى المقاولات الصغيرة ، يجوز المقاول أن يشترط إعفاءه من المسئولية عن العيب أو أن يحد من مسئوليته عن ذلك . ولكن هذا الشرط يكون باطلا إذا كان المقاول قد تعمد إعفاء العيب أو ارتكب أخطاء لا تتفق . ٢ - أما فى المقاولات الكبيرة ، فيكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس الممارى والمقاول من الضمان المقرر بمقتضى المواد ٨٩٤ إلى ٨٩٦ ، كذلك كل شرط يقصد به الحد من هذا الضمان . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى وصدرت الفقرة الثانية لصحوبة التمييز بين المقاولات الكبيرة والمقاولات الصغيرة ، وعملت باقى الفقرة الثانية تعديلا لفظيا فأصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التفتين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٩٨٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨١ . وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض على النص لأنه يجعل الضمان من النظام العام ، فقيل تبريرا لذلك « إنه لو حذف هذا النص سيلجأ المهندسون والمقاولون إلى توضيح حقوقهم نصوصا تفهم من المسولية ، والمراد بالمادة حماية طبقة لا يفهمون فى مسائل البناء » . ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٦٥٣ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨ - ص ٣٠) .

ولا مقابل لنص فى التفتين المدنى القديم ، ولكن كان يمكن فى عهد هذا التفتين الأخذ بالحكم استثنائا بالقضاء والفقهاء فى فرنسا كما سئرى ، ولا يشمل التفتين المدنى الفرنسى هو أيضا على نص مماثل .

ويقابل النص فى التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدنى السوري م ٦١٩ (مطابق) .

التفتين المدنى الليبى م ٦٥٢ (مطابق) .

التفتين المدنى العراقى م ١/٨٧٠ (موافق) .

تفتين الموجبات والنفود البنائى م ٦٦٩ : كل نص يرمى إلى نفي الضمان للمصوم عليه فى المواد السابقة أو إلى تخفيفه يكون باطلا . (وأحكام التفتين البنائى تنطق مع أحكام التفتين للمصرى) .

(١) انظر آنفا فقرة ٥٩ .

العمل لو جاز لها اشتراط عدم المسؤولية أو التخفيف منها ، بأن يدرجا في عقد المقاولة هذا الشرط فيصبح من الشروط المألوفة (clauses de style) في هذه العقود . فأراد المشرع أن يدمم الحماية التي منحها رب العمل ، فجعل أحكام الضمان من النظام العام لا يجوز الاتفاق على محوها أو على التخفيف منها . وقد ذكر ذلك أمام لجنة مجلس الشيوخ عندما اعترض على النص ، فقبل في الدفاع عنه ، إنه لو حذف هذا النص سيلجأ المهندسون والمقاولون إلى تضمين عقودهم نصوصاً تعفيهم من المسؤولية ، والمراد بالمادة حماية طبقة لا يفهمون في مسائل البناء (١) .

ونخلص من النص سالف الذكر أنه لا يجوز الاتفاق مقدماً على الإعفاء من الضمان أو على الحد منه . فلا يجوز أن يشترط المقاول أو المهندس في عقد المقاولة أنه بمجرد تسليم رب العمل للبناء ، تبرأ ذمة المقاول أو المهندس من الضمان عن جميع العيوب الظاهرة والخفية على السواء . وقد قدمنا أن تسلم العمل لا يعفى من الضمان إلا عن العيوب الظاهرة (٢) ، أما العيوب الخفية فلا يجوز الإعفاء من ضمانها . وكما لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من الضمان ، كذلك لا يجوز الاتفاق على الحد منه ، فلا يجوز مثلاً اشتراط أن يكون الضمان لمدة خمس سنوات من وقت تسلم العمل بدلاً من عشر سنوات (٣) ، أو اشتراط أن يقتصر الضمان على عيوب معينة ، أو ألا يشمل الضمان عيوباً معينة ، فكل هذه اتفاقات باطلة تخالفها للنظام العام ، ويرجع رب العمل بالضمان كاملاً عن جميع العيوب لكل مدة عشر السنوات بالرغم من أي اتفاق يخالف (٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٠ - وانظر آنفاً نفس الفقرة في المامش .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٥ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٦٧ .

(٤) وفي فرنسا لا يوجد نص صريح ، كما وجد في التقنين المدني المصري الجديد ، يقتضي بطلان الاتفاق على الإعفاء من الضمان أو الحد منه . ولكن القضاء والفقه يذهبان بوجه عام إلى بطلان الاتفاق على الإعفاء من الضمان لنفس الاعتبارات التي تتعلق بالنظام العام والتي أوردناها بالنسبة إلى التقنين المصري (نقض فرنسي ١٩ يونيو سنة ١٩٢٩ دالوز ١٩٣٠ - ١ - ١٦٩ - جورجو ٢١ أبريل سنة ١٨٦٤ دالوز ٦٥ - ٢ - ٣٩ - باريس ٩ مارس سنة ١٩٢٧ Sem Jur. (الأسبوع القضائي) ١٩٢٧ ص ٣٧٨ - السين ٦ فبراير سنة ١٩٢٩ Sem Jur. ١٩٢٩ - ١٨٢ - لوران ٢٦ فقرة ٢٣ - أوبري ورو وإسبان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٣ Cotberand فقرة ١١٨ - Pivrelle فقرة ٢٨٧ وتطبيقه في دالوز ١٩٣٠ - ١ - ١٦٩ - بلانول جوبيير ورواست ١١ فقرة ٩٥٧) .

ولكن لا يوجد ما يمنع من تشديد الضمان ، إذ أن الضمان إنما قصد به حماية رب العمل ، فليس هناك ما يحول دون أن يقوى رب العمل هذه الحماية باتفاق خاص . فيجوز اشتراط أن يبيى الضمان عن العيوب مدة تزيد على عشر سنوات بحسب جسامه المنشآت ودقة العمل فيها ، كما يجوز الاتفاق على أن الضمان يشمل العيوب الظاهرة لمدة عشر سنوات أو أقل أو أكثر ، بل يجوز الاتفاق على ضمان المقاول أو المهندس للقوة القاهرة^(١) .

٧٦ — **موتّر زول رب العمل عن الضمان بعد تحقق سببه** : والمفروض نينا قدمناه أن الاتفاق على الإعفاء من الضمان أو على الحد منه إنما هو اتفاق سابق على تحقق سبب الضمان ، فإنه في ذلك الوقت يكون هناك معنى لحماية رب العمل ، إذ قد يقوده عدم خبرته إلى الاسهانة بقيمة الضمان ،

— ولما كان لا يوجد نص صريح في فرنسا كما قلنا ، فقد أدخل عل المبدأ تعديلات كبيرة أهمها ما يأتي :

١ — يجوز الاتفاق على الإحفاء من المسؤولية إذا كان رب العمل متوافراً على معلومات فنية في مستوى معلومات المهندس المعماري ، لأنه في هذه الحالة لا يحتاج في حماية للقانون له أن تكون هذه الحماية من النظام العام (نقض فرنسي ٤ يولييه سنة ١٨٣٨ سيرييه ٣٨ - ١ - ٧٢٦) .

٢ — يجوز الاتفاق على الإحفاء من المسؤولية من مخالفة قوانين البناء ولوائحها ، لأن رب العمل يستطيع الإنماء بهذه القوانين (نقض فرنسي ٧ أبريل سنة ١٩٠٨ جازيت دي تريبيو ١٩٠٨ - ٢ - ٩٩ - ليون ١٦ مارس سنة ١٨٥٢ دالوز ٥٢ - ٢ - ٣٩) .

٣ — يجوز الاتفاق على أن يقتصر الضمان على مدة أقل من عشر سنوات ، عل أن تكون المدة المتفق عليها ليست من القصر بحيث لا تسمح لرب العمل أن يكشف العيب بحسب طبيعة العمل ومقدار وقته (نقض فرنسي ٢٨ يونيو سنة ١٩٠٩ سيرييه ١٩١٥ - ١ - ١٣ - السين ٦ فبراير سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩ - ٣٠٥ - أوبري وروولمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٢ - ص ٤١٣) .

٤ — يجوز الاتفاق على أن يقتصر الضمان على عمل معين دون الأعمال الأخرى (باريس ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤ - ٢ - ٥٢٢) .

٥ — الاتفاق على الإحفاء من الضمان لا يكون باطلا أصلا ، وإنما ينتقل صبه الإثبات إلى رب العمل ، فإذا أثبت هذا خطأ في جانب المقاول أو المهندس رجع عليه بالضمان (باريس ١٢ مايو سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٤ - ٢ - ١٧٢ - أوبري وروولمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٣) .

وانظر في المسألة بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٧ - ويلعب بعض الفقهاء في فرنسا إل أنه لما كانت مسؤولية المقاول أو المهندس مسؤولية عقابية ، فيمكن الإعفاء منها باتفاق خاص ، إلا إذا كان هناك غش أو خطأ جسيم (بودري وفال ٢ فقرة ٣٩٤٢) .

(١) محمد لييب شنب فقرة ١٢٠ ص ١٤٤ .

ويقلبه المقاول أو المهندس - وهو الجانب الأقوى - على أمره فيدفعه إلى قبول الإعفاء من الضمان أو الحد منه على النحو الذي قدمناه .

أما بعد تحقق سبب الضمان ، وتبين رب العمل خطورة العيوب التي انكشفت ، فهو حر بعد ذلك ، وقد ثبت حقه في الضمان ، أن ينزل عن هذا الحق كله أو بعضه ، نزولاً صريحاً أو ضمناً .

فإذا انكشف عيب في البناء يتحقق به الضمان ، جاز لرب العمل أن ينزل صراحة عن حقه في الرجوع على المقاول أو المهندس بسبب هذا العيب . وقد يحمل سكوت رب العمل عن الرجوع بالضمان مدة طويلة بعد انكشاف العيب نزولاً ضمناً عن حقه ، ولو كانت هذه المدة أقل من ثلاث سنوات وهي المدة التي تتقادم بها دعوى الضمان فيما قدمنا ، متى اقترن هذا السكوت بملاحظات قاطعة في أن رب العمل قصد بسكوته النزول عن الضمان . ومن هذه الملاحظات أن يدفع رب العمل للمقاول أو للمهندس أجره دون تحفظ ، أو أن يقوم بإصلاح العيب دون تحفظ ودون إثبات الحالة ودون أن يدفعه إلى ذلك ضرورة الاستعجال^(١) .

وقد يهدم جزء من البناء ويظهر في باقيه عيب ، فيرجع رب العمل بالضمان فيما يتعلق بالهدم ، ولا يرجع بالضمان فيما يتعلق بالعيب . فهنا يكون رب العمل قد نزل عن الضمان نزولاً جزئياً ، في التهدم دون العيب .

الفرع الثاني

التزامات رب العمل

٧٧ - التزامات مقاول : يلتزم رب العمل نحو المقاول بالتزامات ثلاثة :

(١) تمكين المقاول من إنجاز العمل .

(٢) تسلم العمل بعد إنجازه .

(٣) دفع الأجر

(١) استئناف مخطوط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٦ ص ١١٧ - دلقو فقرة ٢٢٥ -

محمد ليبب شنب فقرة ١٢٠ ص ١٤٥ .

المبحث الأول

تمكين المقاول من إنجاز العمل

٧٨ - التزام رب العمل بأنه يبذل ما في وسعه لتمكين المقاول من إنجاز العمل : يلتزم رب العمل بأن يبذل كل ما في وسعه لتمكين المقاول من البدء في تنفيذ العمل ، ومن المضي في تنفيذه حتى يتم إنجازه .

فإذا كان المقاول في حاجة إلى رخصة للبناء للبدء في العمل ، وجب على رب العمل أن يحصل له عليها في الميعاد المناسب حتى لا يتأخر البدء في تنفيذ العمل ، وكذلك الحكم في جميع الترخيصات الإدارية الأخرى التي يكون العمل بحاجة إليها^(١) .

وإذا كان العمل يحتاج للمضي فيه إلى جعل حائط لجار حائطا مشتركا حتى يستند البناء إليه ، فعلى رب العمل أن يتفق مع الجار على أن يكون الحائط مشتركا حتى يتمكن المقاول من المضي في البناء^(٢) .

وإذا كان رب العمل قد تعهد بتقديم المواد التي تستخدم في العمل أو بتقديم الآلات والمعدات اللازمة لإنجاز العمل ، وجب عليه أن يتخذ ما تمهده ، وأن يقدم المواد والآلات والمعدات في الوقت المتفق عليه أو في الوقت المناسب ، حتى يتمكن المقاول من البدء في تنفيذ العمل أو من المضي في تنفيذه^(٣) .

وإذا كان العمل يجب أن يتم وفقاً لمواصفات أو رسومات أو بيانات يقدمها

(١) جيوار ٢، فقرة ٨٢٠ - بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٧٠ - بيدان ١٢ ص ١٤ هاش - أنسيكلويدى دالروز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٦٨ - محمد لبيب شنب فقرة ١٢٥ ص ١٤٩ .

(٢) جيوار ٢، فقرة ٨٢٠ - بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٧٠ - بيدان ١٢ ص ١٤ هاش - أنسيكلويدى دالروز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٦٨ .

(٣) جيوار ٢، فقرة ٨٢٠ - بودرى وقال فقرة ٣٩٧ - بيدان ١٢ ص ١٤ هاش - أنسيكلويدى دالروز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٦٨ - محمد لبيب شنب فقرة ١٢٥ ص ١٤٩ .

رب العمل ، وجب على هذا تقديمها في الوقت المتفق عليه أو في الوقت المناسب .
بل إذا كان العمل يحتاج إلى تدخل رب العمل الشخصي ، كأن يقف أمام
الرسام المدة اللازمة لأخذ رسمه ، أو أن يجرب الحائك عليه الثوب بعد أخذ
مقاساته ، أو أن يقوم رب العمل بتصحيح تجارب الكتاب المقدم للطبع ،
وجب عليه أن يقوم بذلك في الوقت المتفق عليه أو في الوقت الذي يتطلبه العمل
وفقاً لعرف الصنعة ^(١) .

ويلتزم رب العمل ، إلى جانب ذلك ، بترك المقاول ينجز العمل ، فلا يقم
أمامه عقبات في سبيل ذلك ، ولا يسحب منه العمل بعد أن عهد به إليه إلا لسبب
مشروع ، فهو لا يستطيع أن يرجع بإرادته وحده عن العقد وينحلل منه إلا
في الحدود وطبقاً للشروط التي عينها القانون ^(٢) .

٧٩ - جزاء الالتزام : فإذا لم يتم رب العمل بالتزامه ، وأمكن المقاول
أن يطلب التنفيذ عيناً ، كأن يحضر على نفقة رب العمل المواد والآلات
والمهمات اللازمة بترخيص من القضاء ، كان له ذلك . وإذا كان تدخل رب
العمل الشخصي ضرورياً ، جاز أن يلجأ المقاول إلى طريقة التهديد المالي ^(٣) .
وللماقوال في جميع الأحوال أن يطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه من
جاء عدم قيام رب العمل بالتزامه ، أو من جراء تأخره في القيام به .
ويجوز للمقاول أخيراً أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضى ،
والمحكمة أن تقدر هذا الطلب ، فإذا رأت مبرراً له قضت بفسخ العقد
والتعويض ، وإلا أمهلت رب العمل حتى يقوم بالتنفيذ ^(٤) .

(١) دافيد في عقد الاستصناع ص ٦٨ - محمد لييب شنب فقرة ١٢٥ ص ١٤٩ -
وإذا أثنى رب العمل عن المقاول أمر أن شأنه أن يعمل العمل أكثر صعوبة ، كان مستولاً من
ذلك (استئناف مخطط ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٨٦) .

(٢) انظر م ٦٦٣ مدني وسيأتي بحثها - بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٧١ - ولكن رب العمل
لا يلتزم بداهة بأن يعمل المهنتس الذي وضع التصميم هو الذي يقوم بالتنفيذ أو هو الذي يشرف
عليه (بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٧١) .

(٣) دافيد في عقد الاستصناع ص ٧٣ - محمد لييب شنب فقرة ١٢٥ ص ١٥ .

(٤) وتنص المادة ٦٦٠ من تقنين الموجبات والنفود اللباني في هذا الصدد على ما يأتي :
« إذا كان من الضرورة لإتمام العمل أن يقوم صاحب الأمر بشيء ما ، فيحق للصانع أن يدعو
مراعاة للقيام به - وإذا لم يتم صاحب الأمر بواجبه بعد المهلة الكافية ، فالصانع يصبح مخيراً »

المبحث الثاني

تسلم العمل

٨٠ - نص قانوني : تنص المادة ٦٥٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

« متى أتم المفاوض العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب الجارى في المعاملات . فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي ، اعتبر أن العمل قد سلم إليه »^(١) .

= بين أن يبرر على المدعى أن يطلب حله ، ويمكنه في الحالين أن ينال عند الاقتضاء تعويضاً عن الضرر الذي أصابه .

وقد ورد في المشروع التمهيدى لتقنين المدنى المصرى الجديد نص مائل ، إذ تنص المادة ٨٧٧ من هذا المشروع على ما يأتى : « إذا كان تنفيذ العمل يقتضى أن يقوم رب العمل بمعاونة ما ، ورفض هذا تقديم المداونة أو أهمل في ذلك ، جاز للمفاوض أن يكلفه بتقديمها في أجل معقول يصده . ٢ - فإذا انقضى الأجل دون أن يقوم رب العمل بالتزامه ، جاز للمفاوض أن يحتل من العقد دون إخلال بحقه في التمثيل إن كان له عمل » (مشروع تنقيح القانون المدنى - مذكرة إضافية - ٣ المقرد المسألة ص ٤٤٨ - ص ٤٤٩ - وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التحضيرية) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - متى أتم المفاوض العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب على هذا أن يبادر إلى مبادئته في أقرب وقت مستطاع تباعاً للمألوف في التعامل ، وأن يتسلمه في مدة وجيزة إذا اقتضى الأمر ذلك . فإذا امتنع دون سبب مشروع عن المداينة رغم دعوته إليها اعتبر أنه قد تسلم العمل . ٢ - على أنه يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المفاوض قد خالف ما ورد في العقد من شروط ، أو ما تقتضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل . ٣ - ويجوز لكل من المتعاقدين أن يطلب نذب خبراء على تفقته لفحص الشيء ، على أن يكون الخبراء محضراً بأعمالهم » . وفى لجنة المراجعة حذف الفقرتان الثانية والثالثة « اكتفاء بالأحكام العامة » ، وعدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتى : « متى أتم المفاوض العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب الجارى في المعاملات . فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك ، اعتبر أن العمل قد سلم إليه » . وأصبحت المادة ردتتها ٦٨٤ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٦٨٣ . وفى لجنة مجلس الشيوخ أضيفت بعد عبارة « دعوته إلى ذلك » عبارة « بإنذار رسمى » لتبين كيفية الدعوة على نحو يحسم المنازعات ، فأصبحت المادة مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدنى الجديد ، وصار ردتتها ٦٥٥ . ووافق عليها مجلس الشيوخ على الوجه الذى عدلته به بلنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٣ - ص ٣٥) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم ، ولكن النص تطبيق للقواعد العامة .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري م ٦٢١ - وفي التقنين المدني الليبي م ٦٥٤ - وفي التقنين المدني العراقي م ٨٧٣ - ٨٧٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦٧٠^(١) .

٨١ - تسليم العمل وتقبُّله : يلتزم رب العمل بتسليمه بعد إنجازهِ .
والتسليم هنا ليس هو مجرد التسليم الذي عرفناه في التزام المشتري أو المستأجر بتسليم المبيع أو العين المؤجرة ، بل هو يشتمل على معنى أبعد من ذلك . فهو من جهة ، كالتسليم في البيع والإيجار ، الاستيلاء على العمل بعد أن وضعه

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٢١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٥٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٧٣ : ١ - متى أتم المفاوض العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب على هذا أن يبادر إلى مآبته في أقرب وقت ممكن حسب المعتاد ، وأن يتسلمه إذا اقتضى الحال في مدة وجيزة . فإذا امتنع دون سبب مشروع عن المآبة أو التسليم رغم دعوته إلى ذلك بإفئاد رسمي ، اعتبر أن العمل قد سلم إليه . ٢ - ولرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المفاوض قد خالف ما ورد في العقد من الشروط أو ما تقتضي به أصول الفن في هذا النوع من العمل إلى حد لا يستطيع معه أن يستعمله أولاً يصح عدلاً أن يعبر على قبوله . فإذا لم تبلغ المخالفة هذا الحد من الجسام ، فليس لرب العمل إلا أن يطلب تخفيض الثمن بما يتناسب مع أهمية المخالفة . ٣ - وإذا كان العمل يمكن إصلاحه دون نفقات باهظة ، جاز لرب العمل أن يلزم المفاوض بالإصلاح في أجل مناسب يحدده ، وجاز المفاوض أن يقوم بالإصلاح في مدة مناسبة إذا كان هذا لا يسبب لرب العمل أضراراً أو نفقات باهظة .

م ٨٧٤ : ١ - إذا كان العمل مكوناً من أجزاء متميزة ، أو كان الثمن محددًا بسعر الوحدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إجراء المآبة عقب إنجاز كل جزء أو عقب إنجاز قسم من العمل يكون ذا أهمية كافية بالنسبة للعمل في مجمله . ويجوز للمفاوض في هذه الحالة أن يتوقف من الثمن بقدر ما أنجز من العمل . ٢ - ويفترض فيما دفع ثمنه أن مآبته قد تمت ، ما لم يتبين أن الدفع لم يكن إلا تحت الحساب .

(وأحكام التقنين العراقي تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري ، وإن كانت أكثر تفصيلاً) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦٧٠ : يجب على صاحب الأمر أن يتسلم المصنع إذا كان مطلقاً على شروط العقد ، وأن يتقله على حسابه إذا كان قابلاً لتقل .
(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

المقاول تحت تصرفه بحيث لا يوجد عائق من الاستيلاء عليه كما عرفنا ذلك في التزام المقاول بالتسليم^(١) ، وهذا هو التسليم بمعناه المؤلف (prise de possession, prendre en livraison) . وهو من جهة أخرى ، وهذا هو المعنى الزائد ، تقبل العمل والموافقة عليه بعد فحصه (tréception, agrément, verification) . وهذا المعنى الزائد تقتضيه طبيعة المفاوضة ، فهي تقع على عمل لم يكن قد بدأ وقت إبرام العقد أى لم يكن موجوداً ، فوجب عند إنجازها أن يستوثق رب العمل من أنه موافق للشروط المتفق عليها أو لأصول الصنعة ويكون ذلك بفحصه فالموافقة عليه وهذا هو التقبل ، أما في البيع والإيجار فالعين المبيعة أو العين المؤجرة تكون غالباً عيناً معينة بالذات معروفة للمشتري أو للمستأجر ، ولا يقتضى الأمر أكثر من تسلمها دون حاجة للتقبل .

والذى يقع عادة أن رب العمل يتسلمه ويتقبله في وقت واحد ، إذ هو عند تسلمه إياه يفحصه ويستوثق من أنه هو الذى قصد إليه بالتعاقد ، فيوافق عليه بتسلمه إياه . فالتسليم إذن يتضمن التقبل . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن التسليم والتقبل ينفصلان أحدهما عن الآخر . فيسبق التقبل التسليم أو يليه . يسبق التقبل والتسليم ، كما إذا فحص رب العمل العمل بعد إنجازها وهو لا يزال في يد المقاول ، ويستوثق من أنه موافق لما اشترطه أو لأصول الصنعة فيقبله دون أن يتسلمه ، ومن ثم يتم التقبل قبل أن يتم التسليم . ويسبق التسليم التقبل ، كما إذا تسلم رب العمل العمل قبل إنجازها أو بعد إنجازها دون أن يفحصه ، ويرجى فحصه إلى فرصة يتمكن فيها من وسائل الفحص . فيتسلم العمل دون أن يتقبله ، ومن ثم يتم التسليم قبل أن يتم التقبل^(٢) . وإذا انفصل التقبل عن التسليم على هذا النحو ، فالعبرة بالتقبل دون التسليم ، إذ أن ما يترتب من نتائج إنما يترتب على التقبل كما سئرى ، فهذه النتائج يعجل بها مع التقبل إذا سبق التسليم ، وتراخى إلى التقبل إذا تأخر عن التسليم^(٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٩ .

(٢) نقض فرنسي ٢٤ يونيو سنة ١٩٢٩ جاورت دي باليه ١٩٢٩ - ٢ - ٥٠٦ - بلانول وروبير ورواست ١١ فقرة ٩٣١ - مازو ٣ فقرة ١٣٥٤ ص ١١١٧ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ *le sage d'ouv. et d'ind.* فقرة ٧٠ - محمد ليب شنب فقرة ١٢٧ ص ١٥٢ - وقارن استئناف مختلط ٣ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٧ .

(٣) نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٩ ص ١٥٣ [

ولما كان الذى يقع عادة هو أن يقترن التقبل بالتسليم كما قدمنا ، فنحن نتكلم عن التسليم باعتباره متضمناً للتقبل دون أن نفصل بين الاثنين .

٨٢ - شروط التسليم : كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٦٥٥ مدنى سائلة الذكر يجرى على الوجه الآتى : « ١ - متى أتم المفاوض العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل - وجب على هذا أن يبادر إلى معاينته فى أقرب وقت مستطاع تبعاً للمألوف فى التعامل ، وأن يتسلمه فى مدة وجيزة إذا اقتضى الأمر ذلك . فإذا امتنع دون سبب مشروع عن المعاينة رغم دعوته إليها ، اعتبر أنه قد تسلم العمل . ٢ - على أنه يجوز لرب العمل أن يتمتع عن تسلمه إذا كان المفاوض قد خالف ماورد فى العقد من شروط أو ما تقتضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل . ٣ - ويجوز لكل من المتعاقدين أن يطلب ندب خبراء على نفقته لفحص الشيء . على أن بدون الخبراء محضراً بأعمالهم . » وقد حذفت الفقرتان الثانية والثالثة فى لجنة المراجعة « اكتفاء بالأحكام العامة » .^(١) ولما كان هاتان الفقرتان ليستا إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بما اشتملتا عليه من أحكام بالرغم من حذفهما .

فيشترط إذن حتى يكون رب العمل ملتزماً بتسلمه ، والتسليم كما قدمنا يتضمن التقبل ، أن يكون العمل موافقاً للشروط المتفق عليها ، فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها أو كانت هناك شروط غير كاملة ، فما تقتضى به أصول الصناعة لنوع العمل محل المفاوضة محل محل الشروط المتفق عليها أو يكلها إذا كانت ناقصة . وإذا وقع خلاف بين الطرفين فيما إذا كان العمل موافقاً أو غير موافق ، جاز لأى منهما أن يطلب ندب خبير على نفقته لمعاينة العمل وتحرير محضر بنتيجة المعاينة . وإذا رفع الأمر للقضاء ، كان هذا المحضر محل اعتبار عند القاضى ، إذا رأى أن يكتفى به ولم يعارض الطرف الآخر فعل ، وإلا عين خبيراً آخر ، أو قضى وفقاً لما يتبين له من ظروف القضية ومستنداتها . ويجب أن تكون المخالفة للشروط أو لأصول الصناعة التى تبرر عدم التزام رب العمل بالتسليم جسيمة إلى حد أنه لا يجوز عدلاً إلزامه بالتسليم ، إذ يكون العمل غير صالح للغرض المقصود منه كما يتبين من ظروف التعاقد . فإذا لم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢ - ص ٣٤ - وانظر آتياً فقرة ٥٠

تبلغ المخالفة هذا الحد من الحسامة ، بقي رب العمل ملتزماً بالتسليم ، وإنما يكون له الحق إما في طلب تخفيض الأجرة بما يتناسب مع أهمية المخالفة ، أو في طلب تعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء المخالفة . وفي جميع الأحوال يجوز للمقاول ، إذا كان العمل يمكن إصلاحه ، أن يقوم بهذا الإصلاح في مدة مناسبة ، كما يجوز لرب العمل أن يلزم المقاول بذلك إذا كان الإصلاح لا يتكلف نفقات باهظة^(١) .

٨٣- متى يكونه التسليم وأين يكونه : لما كان التسليم وهو التزام في ذمة رب العمل يقابل التسليم وهو التزام في ذمة المقاول ، فالتسليم يقع عادة في الزمان والمكان اللذين يقع فيهما التسليم ، إذ التسليم هو وضع العمل تحت تصرف رب العمل دون عائق والتسليم هو استيلاء رب العمل عليه بعد أن يوضع تحت تصرفه .

فيكون التسليم في الميعاد المتفق عليه أو الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقاً

(١) انظر في هذا المعنى ٣٠٢/٨٧٣ مع التفتين الذي العراقي آتفاً فقرة ٨٠ في الهامش - وقد تضمن المشروع التمهيد أيضاً نصاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٧٥ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « ١- يجوز لرب العمل أن يمنع عن التسليم إذا بلغ ما في الشيء من عيب أو مخالفة المتفق عليه حداً لا يستطيع معه أن يستعمله أولاً يصبح عدلاً أن يجبر على تسلمه . ٢- فإذا لم يبلغ العيب هذا الحد من الحسامة ، فليس لرب العمل إلا أن يطلب تخفيض الثمن بما يتناسب مع أهمية العيب . ٣- أما إذا كان العيب بما يمكن إصلاحه دون نفقات باهظة ، جاز لرب العمل أن يلزم المقاول بالإصلاح في أجل معقول يحدده ، ويجاز أيضاً للمقاول أن يصلح العيب في مدة معقولة ، إذا كان هذا لا يسبب لرب العمل أضراراً أو نفقات ذات قيمة » . ثم نصت المادة ٨٧٦ من المشروع التمهيد على ما يأتي : « ليس لرب العمل ، فيما عدا الاستثناء المنصوص عليه في المادة ٨٩٢ (عدم إعفاء المقاول من المسؤولية بالرغم من إخطاره رب العمل بما ينجم من خطر من جراء تنفيذ العمل) ، أن يتسلل بالحقوق التي تقرها المادة السابقة ، إذا كان هو المتسبب في إحداث العيب ، سواء أكان ذلك بإصداره أوامر تخالف رأى المقاول أم كان ذلك بأية طريقة أخرى » . انظر في هاتين المادتين مشروع تنقيح القانون المدني - مذكرات إيضاحية - ٣ المقود للمساء ص ٤٤٦ - ص ٤٤٨ - وقد سقطت المادتان من مجموعة الأعمال التفسيرية .

وكذلك نصت المادة ٨٩٣ من المشروع التمهيد على ما يأتي : « إذا أقيم بناء على أرض مملوكة لرب العمل ، وكانت تشوبه عيوب تبلغ من الحسامة الحد المنصوص عنه في المادة ٨٧٥ ، ولكن إزالته يترتب عليها أضرار بالغة ، فليس لرب العمل إلا أن يتخذ الإجراءات المنصوص عنها في الفقرة الثالثة من المادة المذكورة » (مشروع تنقيح القانون المدني - مذكرات إيضاحية - ٣ المقود للمساء ص ٤٦٢ ، وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التفسيرية) .

لطبيعته ولعرف الحرفة^(١) . وفي جميع الأحوال يجب على رب العمل أن يقوم بتنفيذ التزامه من التسليم (والثقل) بمجرد أن يتم المفاوض العمل ويضحه تحت تصرفه ، أى يسلمه إياه ، إذ الواجب عندئذ - كما يقول المشروع التهيدى للمادة ١/٨٧٢ مدنى^(٢) - أن يبادر رب العمل « إلى معاينته في أقرب وقت مستطاع تبعاً للمألوف في التعامل ، وأن يتسلمه في مدة وجيزة إذا اقتضى الأمر ذلك » .

ويكون التسليم في مكان التسليم . وقد قلنا أن التسليم يكون في المكان المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك اتفاق ففي المكان الذى يحدده عرف الصنعة . وفي العاقل يكون التسليم والتسلم في المكان الذى يوجد فيه العقار . وفي المنقول ، إذا لم يوجد اتفاق أو عرف ، يكون التسليم والتسلم في موطن المفاوض أو في المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله لأن العمل الذى تم يدخل غالباً ضمن هذه الأعمال^(٣) .

٨٤ - كيف يكون التسليم : يكون التسليم باستيلاء رب العمل عليه وفقاً لطبيعته ، وقد بينا ذلك تفصيلاً عند الكلام في كيفية التسليم^(٤) . وإذا كان العمل في حيازة رب العمل منذ البداية ، كما إذا قام سبائك بتسليم مواسير المياه وهى في مكانها دون أن تنتقل من حيازة رب العمل ، فالتسليم يكون بانتفاع رب العمل بالمواسير بعد تسليمها ، فإن هنا يفيد ضمناً أنه تقبلها^(٥) . وإذا كان العمل مكوناً من أجزاء متميزة ، أو كان الأجر محددًا بسعر الوحدة ، كما إذا كان المفاوض قد تعهد بصنع اثني عشر كرسيًا أو تعهد بصنع أثاث غرفة الطعام وحدد للمائدة أجراها ولكراسى المائدة ولسائر قطع الأثاث الأجر المستحق ، فإن التسليم يجوز أن يكون مجزأ . فيجوز لكل من المفاوض

(١) انظر آتفاً فقرة ٥٠ .

(٢) انظر آتفاً فقرة ٨٢ و فقرة ٨٠ في الهامش .

(٣) انظر آتفاً فقرة ٥١ .

(٤) انظر آتفاً فقرة ٤٩ .

(٥) وكما يكون التقبل الضمنى باستعمال الشيء المصنوع مدة كافية ، يكون كذلك بإحاجه في شيء آخر ، أو التصرف فيه ، أو دفع الأجر بعد معاينة العمل دون إبداء أى تحفظ (دلفو فقرة ٢١١ ص ١٧٦ - ص ١٧٨ - محمد ليلى شلب فقرة ١٢٧ ص ١٥٢) .

ورب العمل أن يطلب إجراء المعاينة والتسلم عقب إنجاز كل كرمى أو عقب إنجاز كل قطعة من قطع الأثاث ، فإذا ما تم التسلم كان للمقاول أن يستوفي من الأجر بقدر ما أنجز من العمل^(١) . والمفروض أن رب العمل إذا دفع أجر جزء أو أكثر من العمل ، يكون قد عاين هذا الجزء أو الأجزاء وتقبلها ، وذلك ما لم يثبت أن ما دفعه ليس إلا مبلغاً قدمه للمقاول تحت الحساب^(٢) . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٧٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : ١ - إذا كان العمل مكوناً من أجزاء متميزة ، أو كان الثمن محددًا بسعر الوحدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يسلب إجراء المعاينة عقب إنجاز كل جزء أو عقب إنجاز قسم من العمل يكون ذا أهمية كافية بالنسبة للعمل في جملة . ويجوز للمقاول في هذه الحالة أن يستوفي من الثمن بقدر ما أنجز من العمل . ٢ - ويفترض فيما دفع دفع ثمنه أن معاينته قد تمت ، ما لم يثبت أن الدفع لم يكن إلا تحت الحساب^(٣) .

- (١) جيوار ٢ فقرة ٧٩٥ - بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٧٣ - أوبرى ورو وإسبان •
 فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٣ - بلانول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣١ - أنسكلوبيس دالوز ٣
 لفظ. Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٧١ - محمد ليب شلب فقرة ١٢٧ ص ١٥٣ .
 (٢) ديرانتون ١٧ فقرة ٢٥٤ - ديفرچيه ٢ فقرة ٣٤٥ - أوبرى ورو وإسبان •
 فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٣ هامش ٩ .

ويعتبر مدفوعاً تحت الحساب ما يدفع عما يتم إثباته في أعمال المقاولات الكبرى من بيانات دورية عن حالة العمل . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٩٤ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « خلافاً لما تنص به المادة ٨٧٢ (٦٥٥م) من أن لا يعتبر ما يتم إثباته في أعمال المقاولات الكبرى من بيانات شهرية أو دورية عن حالة العمل إلا بيانات مؤقتة . ويعتبر كل ما يدفع عندئذ مدفوعاً على الحساب . كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره » (مشروع تنقيح القانون الملى - مذكرة إيضاحية - ٣ العقود المسماة ص ٤٩٢ ، وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التحضيرية) . وكان التتقين الملى القديم يتضمن أيضاً نصاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٥٠٤/٤١٢ من هذا التتقين تنص على ما يأتي : « لا ينقطع حساب المقاولة إلا بعد تمام العمل ، وكل حساب ممنول في خلال الأشغال يعتبر مؤقتاً ، وكل مادي في خلال مدة الأشغال ينضم من أصل مبلغ المقاولة ، إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك » .

- (٣) مشروع تنقيح القانون الملى - مذكرة إيضاحية - ٣ العقود المسماة ص ٤٤٥ -
 وقد سقط هذا النص من مجموعة الأعمال التحضيرية . وانظر أيضاً نفس هذا النص في المادة ٨٧٤ من التتقين الملى الرأى أنفاً فقرة ٨٠ في الهامش - وانظر المادة ١٧٩١ من التتقين الملى الفرنسي .

٨٥ - النتائج التي تترتب على التسلم: ومن أهم النتائج التي تترتب على التسلم ، أو بمعنى أدق على التقبل ، ما يأتي :

١ - تنتقل ملكية الشيء المصنوع ، إذا كان المقاول هو الذي ورد المادة التي استخدمها في العمل ، إلى رب العمل من وقت التقبل^(١) .

٢ - يستحق دفع الأجرة عند تقبل العمل ، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك^(٢) .

٣ - ينتقل تحمل تبعه العمل من المقاول إلى رب العمل من وقت التسلم أو التقبل ، وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً^(٣) .

٤ - من وقت التقبل لا يضمن المقاول العيوب الظاهرة التي كان يمكن كشفها بالفحص العادي . ومن هذا الوقت أيضاً تسرى المدة القصيرة التي يقضي بها عرف الصناعة في ضمان العيوب الخفية . وقد سبق تفصيل ذلك^(٤) .

٨٦ - جزاء الالتزام بالتسليم : وإذا لم يقم رب العمل بالالتزامه من تسلم العمل وتقبله في الميعاد القانوني ، كان للمقاول أن يجبره على تنفيذ التزامه عيناً . ويجوز أن يلجأ في ذلك إلى وسيلة التهديد المالي . على أن العبارة الأخيرة من المادة ٦٥٥ مدني سألقة الذكر ترسم طريقة عملية للتنفيذ العيني ، فتقول كما رأينا : « فإذا امتنع (رب العمل) دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي ، اعتبر أن العمل قد سلم إليه » . فما على المقاول ، بعد أن ينجز العمل ويضعه تحت تصرف رب العمل دون عائق ، إذ رأى أن هذا الأخير قد تلصق في معاناة العمل ليتقبله ويتسلمه ، أن يعلوه بالتسليم عن طريق إنذار رسمي على يد محضر ويجدد ميعاداً معقولاً لذلك ، فإذا مضى الميعاد اعتبر رب العمل قد تسلم العمل حكماً حتى لو لم يتسلمه حقيقة . ويترتب على هذا التسلم الحكمي جميع النتائج التي تترتب على التسلم الحقيقي ، فتنقل ملكية الشيء المصنوع إلى رب العمل ، ويستحق دفع الأجر ، وينتقل تحمل التبعة إلى

(١) انظر آتفاً فقرة ٤٠ في الهامش .

(٢) انظر م ٦٥٦ مدني وسيأتي بحثها .

(٣) انظر آتفاً فقرة ٥٣ .

(٤) انظر آتفاً فقرة ٥٩ .

رب العمل ، وتبرأ ذمة المقاول من العيوب الظاهرة ويبدأ سريان ميعاد ضمان العيوب الخفية .

ويمكن ، فوق ذلك وتطبيقاً للقواعد العامة ، أن يلجأ المقاول إلى العرض الحقيقي ، وقد رسمت طريقة المواد ٣٣٤ إلى ٣٣٧ مدني^(١) . فتتص المادة ٣٣٤ مدني على أنه « إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً ، أرفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، اعتبر أنه قد تم إعداره من الوقت الذي يسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمي » . وتتص المادة ٣٣٥ مدني على أنه « إذا تم إعدار الدائن ، تحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه ، ووقف سريان القوائد ، وأصبح للمدين الحق في إبداء الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر » . وتتص المادة ٣٣٦ مدني على أنه « إذا كان محل الوفاء شيئاً معيناً بالذات ، وكان الواجب أن يسلم في المكان الذي يوجد فيه ، جاز للمدين بعد أن ينذر الدائن بتسلمه أن يحصل على ترخيص من القضاء في إبداءه . فإذا كان هذا الشيء عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة » . وتتص المادة ٣٣٧ مدني على أنه « ١ - يجوز للمدين بعد استئذان القضاء أن يبيع بالمزاد العلني الأشياء التي يسرع إليها التلف ، أو التي تكلف نفقات باهظة في إيداعها أو حراستها ، وأن يودع الثمن خزانة المحكمة . ٢ - فإذا كان الشيء له سعر معروف في الأسواق ، أو كان التعامل فيه متداولاً في البورصات ، فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف » .^(٢) وغنى عن البيان أن للمقاول ، بعد بيع الشيء ، أن يستوفي أجره من الثمن وكذلك التعويضات المستحقة ، ويودع الباقي خزانة المحكمة^(٣) .

(١) محمد لبيب شنب فقرة ١٢٦ ص ١٥١ .

(٢) انظر في شرح هذه النصوص الوسيط ٣ فقرة ٤٢٩ وما بعدها .

(٣) وفي فرنسا صدر قانون في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ يميز المقاول ، الذي تسلم من رب العمل متقولا للعمل فيه أو لإصلاحه أو لتنظيفه ، أن يبيعه إذا انقضت سنتان دون أن يتسلمه رب العمل . ويتكون البيع في المزاد العلني ، ويحدد أجر المقاول من الثمن ، ويودع الباقي صندوق الودائع . ولرب العمل أن يمارس في البيع أمام قاضي الصلح ، وعلى هذا أن يبت في الممارسة في أقصر مدة يمكنه (بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٦٦ مكررة - أوبري وروولسان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٥ - بلاخيول ورييبر ورواست ١١ فقرة ٩٣١ ص ١٧٠) .

وقد يقع أن يكون للمقاول مصلحة ، عند امتناع رب العمل عن تنفيذ التزامه من تسليم العمل ، في فسخ العقد . ويكون ذلك مثلاً إذا رأى المقاول أن في إمكانه بيع الشيء المصنوع لغير رب العمل بثمن أعلى ، فيربح من وراء هذه الصفقة . وفي هذه الحالة يجوز له ، بعد إعدار رب العمل بالتسليم ، أن يطلب من القضاء فسخ عقد المقاولة حتى يتحلل من واجب التسليم ، ويستطيع بعد ذلك أن يحقق لنفسه هذه الصفقة الراجعة .

المبحث الثالث

دفع الأجر

٨٧ — مسألاته : سبق أن بحثنا الأجر كركن في عقد المقاولة^(١) ، والآن نجتسه كالإلزام في ذمة رب العمل . ونبحث في الإلزام بدفع الأجر مسألتين : (١) ما الذي يجب أن يدفع . (٢) طرق الدفع وزمانه ومكانه وضمائنه .

المطلب الأول

ما الذي يجب أن يدفع

٨٨ — ضرورة وجود «الأجر» : قلنا عند الكلام في الأجر كركن من أركان عقد المقاولة أن الأجر لا بد من وجوده ، وإلا كان العقد من عقود التبرع ، فلا يعتبر مقاولة بل يكون عقداً غير مسمى^(٢) .

على أنه ليس من الضروري أن يكون هناك اتفاق صريح على مقدار الأجر ، بل ولا على وجود الأجر في ذاته . فسرى أنه إذا لم يكن هناك اتفاق على مقدار الأجر ، تولى القانون تحديد هذا المقدار (٦٥٩م مدني) . وكذلك إذا لم يكن هناك اتفاق على وجود الأجر في ذاته ، قد يستخلص هذا الاتفاق ضمناً من ظروف التعاقد ، وبخاصة من أهمية العمل الذي يصنع ومهنة من يقوم بصنعه . فإذا تعاقد شخص مع مقاول لبناء منزل ، فأهمية العمل ومهنة

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠ - فقرة ٣٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٠ .

المقاول يتضافران في دلالتهما على أن هذا العمل ما كان ليتم إلا لقاء أجر يقابله ، فيجب افتراض أن هناك اتفاقاً ضمناً على أن يكون العمل بأجر . وقد كان المشروع التهديد للتقنين المدني يشتمل على نص في هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٨١ من هذا المشروع تنص على أنه « إذا تبين من الظروف أن العمل المدعى بصنعه ما كان ليتم إلا لقاء أجر يقابله ، وجب افتراض أن هناك اتفاقاً ضمناً على أن يكون العمل بأجر » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة « اكتشافاً بالقواعد العامة »^(١) . ولما كان النص ليس إلا تطبيقاً لهذه القواعد ، فإنه يمكن العمل به بالرغم من حذفه^(٢) .

ويمكن القول بوجه عام أن أصحاب المهن الحرة ، كالطبيب والمهندس والمحامي والمحاسب ، يعملون بأجر ، فإذا تعاقد العميل مع أحد منهم فالمفروض أن العمل يكون بأجر حتى لو سكت المتعاقدان ولم يذكر أي شيء عن الأجر . وقد طبقت المادة ٦٦٠ مدني هذا المبدأ على المهندس المعماري ، إذ تنص الفقرتان الأولى والثانية من هذه المادة على أنه « ١ - يستحق المهندس المعماري أجراً مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقايسة ، وآخر عن إدارة الأعمال . ٢ - فإذا لم يحدد العقد هذه الأجر ، وجب تقديرها وفقاً للعرف الجاري » . وسنعود إلى أجر المهندس المعماري بالتفصيل فيما يلي^(٣) . وكذلك المحامي ، فإن قانون المحاماة أورد من النصوص ما يكفل له تقدير أجره ، عندما لا يكون هناك اتفاق بينه وبين موكله على الأتعاب ، وسنعرض لذلك عند الكلام في الوكالة^(٤) لأن العنصر الغالب في التعاقد مع المحامي هو عنصر التوكيل كما سبق القول .

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية « ص ٤٥ في الهامش - وانظر أيضاً فقرة ٣٠ في الهامش .

(٢) وقد نصت المادة ٦٣١ من تقنين الموجبات والعقود الثاني في هذا الصدد على ما يأتي : « يفترض اشتراط الأجر أو البدل في الأحوال الآتية - ما لم يتم دليل على العكس : أولاً - عند إتمام عمل ليس من المتباد إجراءه بلا مقابل - ثانياً - إذا كان العمل داخلياً في مهنة من يقوم به . ثالثاً - إذا كان العمل تجارياً أو قام به تاجر في أثناء ممارسة تجارته » (انظر أيضاً فقرة ٣٠ في الهامش) .

(٣) انظر فقرة ١٠٥ وما بعدها .

(٤) انظر ما يلي فقرة ٢٨٠ .

٨٩ — عدم ضرورة تعيين مقدار الأجر : وإذا كان وجود الأجر ضرورياً في عقد المعاولة ، فإنه ليس من الضروري تعيين مقدار الأجر. وقد قلنا عند الكلام في الأجر كركن في المعاولة أنه لا يشترط أن يعين المتعاقدان مقداره ، فإذا لم يعين المقدار تكفل القانون بهذا التعيين كما سرى. وذكرنا أن ركن الأجر في هذه الناحية يختلف عن ركني التراضي والعمل ، فهذان ركنان يجب أن يعينهما المتعاقدان في عقد المعاولة ، وإلا كان العقد باطلاً^(١). ويختلف ركن الأجر في المعاولة أيضاً عن ركن الثمن في البيع ، فالثمن لا بد من تعيين مقداره في عقد البيع أو في القليل جعل هذا المقدار قابلاً للتعين ، ولا شأن للقانون بتعيين مقدار الثمن. وذلك بخلاف الأجر في المعاولة والأجرة في الإيجار ، فإن القانون عند سكوت المتعاقدين يتكفل بتعيين مقدارهما.

٩٠ — كيف يعين مقدار الأجر عند الاتفاق على تعيينه —
نص قانوني : تنص المادة ٦٥٩ من القانون المدني على ما يأتي :
« إذا لم يحدد الأجر سلفاً ، وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات الما قول »^(٢).

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠.

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٨٠ من المشروع المهيدي على الوجه الآتي : « إذا لم يحدد الثمن سلفاً ، أو حدد على وجه تقريبي ، وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات الما قول ». وفي لجنة المراجعة حذفت عبارة « أو حدد على وجه تقريبي » ، ووضع بدل لفظ « الثمن » لفظ « الأجر » ، فأصبح النص مطابقتاً لما استقر عليه في القانون المدني الجديد ، وصار رقمه ٦٨٨ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤٥ - ص ٤٦) .
ولا مقابل للنص في القانون المدني القديم ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة.

ويقابل في القوانين المدنية العربية الأخرى :

القانون المدني السوري م ٦٢٥ (مطابق) .

القانون المدني الليبي م ٦٥٨ (مطابق) .

القانون المدني العراقي م ٨٨٠ : ١- إذا لم يحدد الأجرة سلفاً أو حددت على وجه تقريبي ، وجب الرجوع في تحديدها إلى قيمة العمل ونفقات الما قول . ٢- ويجب اعتبار أن هناك اتفاقاً ضمنياً على وجوب الأجر ، إذا تبين من الظروف أن الشيء أو العمل الموصى به ما كان يؤدي إلا لقاء أجر يتقابه . (وأحكام القانون العراقي تتفق مع أحكام القانون المصري) .

وقد قدمنا عند الكلام في الأجر كركن في المقالة أنه يجب التمييز بين عدم الاتفاق على مقدار الأجر إذ يتكفل القانون في هذه الحالة بتحديد هذا المقدار كما رأينا ، وبين أن يعرض المتعاقدان للأجر ويمسجرا عن الاتفاق على مقداره وفي هذه الحالة تكون المقالة باطلة لانعدام أحد أركانها^(١) .

ونحن هنا في صدد الفرض الأول ، وهو أن يسكت المتعاقدان عن تعيين مقدار الأجر ، فيتكفل القانون بتعيين هذا المقدار . ويخلص من نص المادة ٦٥٩ مدنى سائلة الذكر أن تعيين مقدار الأجر في هذه الحالة يقرم على عنصرين : قيمة العمل الذى أمه الما قول ، وما تكبله من نفقات في إنجازة . وعند الخلاف يمين القاضى مقدار الأجر مسترشداً بهذين العنصرين ، ويسترشد بوجه خاص بالعرف الحارى فى الصنعة فى تحديد قيمة العمل . ويدخل فى الحساب طبيعة العمل ، فقد يكون معقداً فى حاجة إلى مهارة فنية كبيرة ، وقد يتضمن تبعات جساما ومسئوليات يتعرض لها الما قول . ويدخل طبعاً فى الحساب كمية العمل ، والوقت الذى استغرقه لإنجازة ، وموهلات الما قول وكفايته الفنية وممته^(٢) . وتشمل نفقات الما قول أثمان المواد التى استخدمت فى العمل ، وأجور العمال ، وغير ذلك من النفقات التى صرفها فعلا لإنجاز العمل . وقد يتكفل عرف المهنة بتحديد مقدار الأجر . فالحائك أجره متعارف عليه فى السوق ، تبعاً لسمته ومهارته^(٣) ، والحجام ، والكواء ، والسباك ، والتنجار ، والتقاش إلخ إلخ . وأجر الطبيب يتحدد تبعاً لعرف مهنة الطب ، ويسترشد فى ذلك بسمعة الطبيب ومهارته الفنية وطبيعة العلاج أو العملية الجراحية ، وثروة المريض . وأجر المهندس المعارى عن وضع التصميم والمقايسة غير أجره عن الإشراف على تنفيذ الأعمال (م ٦٦٠ مدنى) .

١ - تقنين الموجهات والمقود البنائى م ٦٣٢ : إذا لم يقد اتفاق على تعيين الأجر أوبدل العمل ، فيمين بحسب العرف . وإذا كانت هناك ترفية أودسم ، وجب تطبيقهما . (وأحكام التقنين البنائى قريية من أحكام التقنين المصرى) .

(١) انظر كلفاً فقرة ٣٠ .

(٢) استئناف مخطوط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١١٧ - دلفو فقرة ١٨ - محمد لبيب شنب فقرة ٥٦ ص ٦٨ - ص ٦٩ .

(٣) بوتيه فقرة ٣٩٧ - جيوار ٢ فقرة ٦٨٩ - بودوى وقال ١ فقرة ٣٩٧٥ .

وتعيين القاضى مقدار الأجر على النحو الذى يبيناه هو فصل فى مسألة موضوعية ، فلا رقابة عليه لمحنة التقص (١) .

٩١ - نواعير الأجر : وسواء اتفق المتعاقدان على مقدار الأجر أو تكفل القاضى بتعيين هذا المقدار ، فإن للأجر نواعير يجب أن تضاف إليه ، ويلتزم رب العمل بدفعها كما يلتزم بدفع الأجر نفسه .

فنفقات دفع الأجر ، إذا كان دفعه يقتضى نفقات خاصة ، تكون على رب العمل . مثل ذلك أن يكون مشروطاً أن يكون الدفع بطريق حوالة بريدية أو بواسطة تحويل على مصرف ، فتكون مصروفات الحوالة أو التحويل على رب العمل . كذلك نفقات فحص حساب المقاول وتسوية الحساب ، سواء عهد رب العمل بذلك إلى مهندس معارى أو إلى أى شخص آخر ، تكون على رب العمل .

أما فوائد الأجر فتسرى فى شأنها القواعد العامة ، فلا تكون هذه الفوائد مستحقة فى ذمة رب العمل إلا من وقت المطالبة القضائية بها (٢٢٦م مدنى) . ولأشأن لتسليم العمل فى ذلك ، فقد تستحق الفوائد قبل تسليم العمل إذا كان الأجر مستحقاً قبل التسليم وطالب المقاول به هو وفوائده مطالبة قضائية ، وقد تستحق الفوائد بعد تسليم العمل ، إذا لم يطالب بها المقاول مطالبة قضائية إلا بعد التسليم . على أنه إذا كان المقاول هو الذى قدم المادة التى استخدمت فى العمل وكان للإادة قيمة محسوسة ، فقد قلنا أن العقد يكون فى هذه الحالة مزيجاً من المقاولة والبيع ، وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه ، ويقع البيع على المادة وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها (٢٣) . ويترتب على ذلك أن الخبز من الأجر المقابل للمادة يعتبر ثمناً لها ، وتسرى على فوائده القواعد المقررة فى فوائد الثمن . وتنص المادة ١/٤٥٨ مدنى فى هذا الصدد على أنه « لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو سلم الشيء »

(١) فقه فرنسي ٤ مارس سنة ١٩٥٨ دالوز ١٩٥٨ - ٤٩٥ - بودرى وقال ٢
فقرة ٣٩٨٤ - بلافول وبيير ورواست ١١ فقرة ٩١٥ ص ١٥٢ - محمد ليب شنب
فقرة ٥٦ ص ٧١ .

(٢) انظر أيضاً فقرة ٦ فى آخرها .

المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره . ويستخلص من هذا النص أن للمقاول الحق في فوائد الجزء من الأجر المقابل للمادة التي قلمها من وقت إعدام رب العمل بدفع الأجر المستحق وفوائده ولا ضرورة للمطالبة القضائية ، أو من وقت تسليم المادة المصنوعة إلى رب العمل^(١).

٩٢ — **مقدار الأجر المتفق عليه ويجوز قصره** : وفي الحالة التي يتفق فيها المتعاقدان على مقدار الأجر أو على الأسس التي يقوم عليها التقدير ، لا يجوز تعديل الأجر المتفق عليه بالزيادة أو بالإنقاص إلا باتفاق الطرفين^(٢) ، ولا يجوز لأحد منهما أن يستقل بالتعديل ، وذلك وفقاً للقواعد العامة المقررة في نظرية العقد (م ١٤٧ مدني)^(٣) . ويختلف أجر المقاول في ذلك عن أجر

(١) انظر في هذا المعنى جيوار ٢ فقرة ٨١٤ و فقرة ٨٢١ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٢ ص ١٧١ - نقض فرنسي ١٩ يولييه سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٢ - ١ - ١٨ - وانظر عكس ذلك وأن الفوائد لا تستحق في هذه الحالة من وقت التسليم بل تسري قواعد المقارنة تقسري من وقت المطالبة القضائية بها : لوران ٢٦ فقرة ١٥ - بودري وقال ٢ فقرة ٤٠١٧ - محمد ليبب شنب فقرة ١٢٩ ص ١٥٤ .

ومن تواضع الأجر النصفة (gratification) التي يمنحها رب العمل الصانع فوق أجره ، فهذه يلتزم رب العمل بدفعها ، ما لم يثبت أن عمل الصانع لم يكن مرضياً (أنيسكلويدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٧٥) .

(٢) وكذلك لا يجوز تعليق دفع الأجر على تقاضي رب العمل تمويشاً عما أصابه من ضرر بخطأ الغير في العمل الذي أنجزه المقاول ، فإن العلاقة ما بين رب العمل والمقاول وبحكمها عقد المقاولة غير العلاقة ما بين رب العمل والغير الذي أحدث الضرر وبحكمها المسؤولية التصديرية (أنيسكلويدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٧٧) .

(٣) بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٩٤ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٢ ص ١٧٠ - محمد كامل مرسى فقرة ٦١٤ ص ٥١٧ - محمد ليبب شنب فقرة ١٣٥ - عل أنه إذا وقع خطأ مادي في حساب الأجر فإنه يجب تصحيح هذا الخطأ بالزيادة أو بالإنقاص ، كما لو وقع خطأ في حساب الأعمال التي تمت أو في الأسعار وفقاً لما جاء في المناقصة (نقض مدني ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٨ ص ٩٢٣ - استئناف مخطوط ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٢٤ - محمد ليبب شنب فقرة ١٣٦ ص ١٦٣) .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أنه يحسن تدخل المشرع وجعل أجر المقاولة قابلاً للتخفيض إذا وقعت فيه مغالاة ، فلما لأن المقاول أو المهندس رجل فني وهو أقوى كثيراً من رب العمل الذي تنقصه الخبرة والتجارب ، وذلك بدلا من أن يلجأ القضاء إلى التماسيل فينسل في قواعد عقد الوكالة أو في حيز الإرادة ما يسمح له بإنقاص الأجر (محمد ليبب شنب فقرة ١٣٦)

الوكيل ، فإن أجر الوكيل خاضع لتقدير القاضي ولو كان المقدار متفقاً عليه بين المتعاقدين (م ٧٠٩/٢ مدني) .

وقد رأينا عند تمييز المقالة عن الوكالة أن العقد قد يقع على مزيج من الأعمال المادية والتصرفات القانونية، كما هي الحال في المحامي والمهندس المعماري، فيكون العقد مقالة فيما يتعلق بالأعمال المادية ووكالة فيما يتعلق بالتصرفات القانونية^(١) ، ومن ثم تطبق أحكام المقالة وأحكام الوكالة فيجوز تخفيض الأجر في الجزء المتعلق بأعمال الوكالة دون الجزء المتعلق بأعمال المقالة^(٢) . فإذا تعدل تعيين جزء من الأجر لأعمال الوكالة وجزء آخر لأعمال المقالة ، نظر إلى العنصر الغالب ، فيكون العقد وكالة فيما يتعلق بالمحامي ويجوز تخفيض أجره ، ومقالة بالنسبة إلى المهندس ولا يجوز تخفيض الأجر^(٣) .

٩٣ — استثناءات ثلاثة يجوز فيها تعديل الأجر المتفق عليه : على أنه استثناء من القاعدة المتقدم ذكرها من أنه لا يجوز مراجعة الأجر المتفق عليه إلا باتفاق الطرفين معاً ، توجد أحوال ثلاثة يجوز في بعض صورها تعديل الأجر بالزيادة أو بالنقص دون حاجة لاتفاق الطرفين . وهذه الأحوال الثلاث هي :

١ — الاتفاق على أجر بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة ، فتجوز زيادة الأجر بشروط معينة إذا اضطرت المقاول إلى مجاوزة المقايضة مجاوزة محسوسة (م ٦٥٧ مدني) .

٢ — الاتفاق على أجر إجمالي على أساس تصميم معين ، فلا تجوز زيادة الأجرة إلا إذا حصل في التصميم تعديل أو إضافة وكان ذلك راجعاً إلى خطأ رب

(١) انظر آتفاً فقرة ٥ .

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٢ — ديجون ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٤ سيرة ١٩٣٥-٢-٥٥ — السين ١٩ يولية سنة ١٨٩٣ جازيت دي پاليه ٩٤-١-١ - Suppl. - ٦ - ٤ فبراير سنة ١٩٠٥ Le Droit ١٠ سبتمبر سنة ١٩٠٥ — عكس ذلك بودوي وقال ٢ فقرة ٣٩٧٤ (٣) انظر آتفاً فقرة ٥ — وق فرنسا لا يجوز تخفيض أجر المقاول المتفق عليه إطلائاً ، وذلك طبقاً لأحكام المادة ٨ من دكرينو ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٤١ وهو الدكرينو الخاص بإجابات المهندسين المعماري (أوبري ورو وإسان ٥ فقرة ٣٧٤ هامش ٤/١ - بلانيول وريبير ورواست ١ فقرة ٩٣٢ ص ١٧١) .

العمل ، أ إلا إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة (م ٦٥٨ مدني) .

٣ - أجر المهندس المعاري ، فيجوز إنقاذه في صورة ما إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذى وضعه (م ٦٦٠ مدني)^(١) .
فستعرض هذه الأحوال الثلاث متعاقبة ، لنتبين في أية صورة من صور كل منها يجوز زيادة الأجر أو إنقاذه .

١ - الاتفاق على أجر بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة

٩٤ - نص قانونى : تنص المادة ٦٥٧ من التقنين المدني على ما يأتى :

« ١ - إذا أبرم عقد بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة ، وتبين في أثناء العمل أن من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايضة مجاوزة محسوسة ، وجب على المقاول أن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن ، فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات » .

٢ - فإذا كانت المجاوزة التى يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة ، جاز لرب العمل أن يتحمل من العقد ويقف التنفيذ ، على أن يكون ذلك دون إبطاء ، مع إبقاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد ، دون أن يعرضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه آتم العمل »^(٢) .

(١) ولا يعد استثناء أن يخفف الأجر بسبب فسخ العقد قبل إنجاز العمل - كأن يتحلى رب العمل من المقابلة طبقاً لأحكام المادة ٦٦٢ مدني أو ينتهى عقد المقابلة بموت المقاول إذا كانت مؤهلته الشخصية محل اعتبار في التماثل طبقاً لأحكام المادة ٦٦٦ مدني ، ففي هذه الأحوال يخفف الأجر بما يجعله مناسباً لما أنجز من العمل كما سترى - وقد نصت المادة ٦٧٤ من تقنين الموجبات والمقود البناني في هذا الصدد على ما يأتى : « إذا انتظم العمل لسبب ليس له علاقة بمشقة الفرقتين ، فلا يحق للصانع أن يقبض من الأجرة إلا ما يناسب العمل الذى آتمه ، مع الاحتفاظ بتطبيق المادة ٦٧١ المتعلقة بهلاك المواد التى قدمها » .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٧٨ من المشروع النهيى على الوجه الآتى :
« ١ - إذا أبرم العقد على أساس مقايضة بسعر الوحدة ، وتبين في أثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايضة مجاوزة محسوسة ، وجب على المقاول أن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن . فإن لم يفعل ، -

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم ، ويمكن القول إن النص بقر أحكاماً تتفق مع النية المحتملة للمتعاقدين ، فهو من هذه الناحية لا يخرج على القواعد العامة .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري ٦٢٣ ، وفي التقنين المدني الليبي م ٦٥٦ - وفي التقنين المدني العراقي م ٨٧٩ - إلا مقابل له في تقنين الموجبات والعقود اللبناني^(١) .

« سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات . ٢- فإذا كانت المبالغة التي يقتضيها التصميم جسيمة ، جاز لرب العمل بأن يتحمل من العقد ، على أن يكون ذلك دون إبطاء مع إعطاء المقابل للتعويضات المنصوص عليها في المادة ٨٨٥ إلا ما تعلق منها بمباقاته من كسب » . وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة الثانية على الوجه الآتي : « فإذا كانت المبالغة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة ، جاز لرب العمل أن يتحمل من العقد ، على أن يكون ذلك دون إبطاء مع تمويض المقابل من جميع ما أنفق من المصروفات وما أنجزه من الأعمال دون أن يموضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل » . وأصبح رقم المادة ٦٨٦ في المشروع النهائي . وفي اللجنة التشريعية لمجلس النواب عدل صدر الفقرة الأولى على الوجه الآتي : « إذا أبرم عقد بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة ، وتبين في أثناء العمل أن من الضروري لتنفيذ التصميم الملتحق عليه مجاوزة المقايضة المقررة بمجاوزة محسومة » ، وذلك لأن النص الأصل قد ينصرف معناه إلى أن المقصود بالمبالغة هو مجاوزة السعر الوارد في المقايضة ، مع أن المقصود هو حالة مجاوزة الكم لا السعر . ووافق مجلس النواب على النص كما عدله لجنة تحت رقم ٦٨٥ . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الثانية باستبدال عبارة « مع إبقاء المقابل قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد دون أن يموضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل » بمسألة « مع تمويض المقابل من جميع ما أنفق من المصروفات وما أنجزه من الأعمال دون أن يموضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل » ، وذلك حتى يقتصر التزام رب العمل على الوفاء بقيمة ما أنجزه المقابل من الأعمال وفقاً لشروط العقد ، دون إلزامه بما يجاوز هذه القيمة من مصروفات أففقها المقابل مجاوزة للمتوقع من قيمة المقايضة ، فالأمر إذن لم يسفر إلا عن تنفيذ المقاول تنفيذاً جزئياً . وقد صار النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٦٥٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدله لجنة (مجموعة الأعمال التصديرية » ص ٣٧ - ص ٤٠) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٢٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٥٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٧٩ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل (ولكن النص كما عدلنا لا يخرج على القواعد

العامة) .

٩٥ — شروط نموذج لفظي النص : ويتبين من النص سالف الذكر أن هناك شروطاً ثلاثة يجب توافرها حتى ينطبق :

(الشرط الأول) أن يكون الأجر في المفاوضة متفقاً عليه بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة (marché sui devis) . فإذا كان مقدار الأجر غير متفق عليه أصلاً ، أو كان متفقاً عليه ولكنه كان أجراً إجمالياً على أساس تصميم معين (marché à forfait) ، فإن النص لا ينطبق . والحكمة في ذلك أنه في حالة ما إذا لم يتفق على مقدار الأجر ، فقد قلنا أن هذا المقدار يتكفل بتعيينه القاضي ، فلا محل للبحث فيما إذا كان يزيد أو ينقص لأنه غير معين المقدار منذ البداية . وإذا كان الأجر أجراً إجمالياً على أساس تصميم معين ، فإنه لا يزيد ولا ينقص ، كما سنرى ، لتعديل في التصميم أو لزيادة في الأسعار ، إلا في ظروف خاصة وبشروط معينة سيأتي ذكرها عند بحث هذه الحالة . فالواجب إذن أن يكون الأجر مقدراً بمقتضى مقايضة على أساس سعر الوحدة ، حيث يقتضي ذلك أن يتفاوت الأجر بحسب كمية الأعمال التي تمت ، فلا يكون في زيادة الأجر إذا اقتضى الأمر ذلك على ما سنرى ما يخالف طبيعة الاتفاق .

(الشرط الثاني) مجاوزة المقايضة مجاوزة محسوسة لسبب لم يكن معروفاً وقت العقد . والمقصود بمجاوزة المقايضة مجاوزة محسوسة مجاوزة كميات الأعمال المقدرة في المقايضة ، لا مجاوزة أسعارها . فإذا ورد في المقايضة مثلاً كميات معينة للأعمال الخاصة بالأساس ، ثم رأى المفاوض عند حفر الأساس أنه يجب تعميقه أكثر مما قدر في المقايضة وأن هذا التعميق تقتضي كميات من العمل تزيد زيادة محسوسة عما هو وارد في المقايضة ، فتلك هي المجاوزة المحسوسة التي يقتضيها الشرط الثاني . أما إذا كانت المجاوزة متعلقة بالأسعار فلا يعتد بها ، والعبرة بالأسعار الواردة في المقايضة إذ المفروض أنها وضعت بعد أن دخل في الاعتبار كل الاحتمالات المعقولة لتغير الأسعار ، ومن الممكن النص صراحة على ربط هذه الأسعار بأسعار السوق الفعلية فيما إذا زادت هذه الأسعار الأخيرة أو نقصت بنسبة معينة . وعلى كل حال لا يقام لزيارة الأسعار الفعلية عن الأسعار الواردة في المقايضة وزن إلا في حدود نظرية الظروف الطارئة مطبقة في مبدأها العام ، لا في صورتها الخاصة الواردة في الحالة الثانية

المعلقة بالاتفاق على أجر إحمال المقاولة على أساس تصميم معين وهي الصورة التي سنتولى تفصيلها فيما يلي . والذي يدل على أن المقصود بالمجازرة المحسوسة هي المجازرة في الكم لا المجازرة في السعر أن المشروع التمهيدى لصدر الفقرة الأولى من المادة ٦٥٧ مدنى كان يجرى على الوجه الآتى ؛ « إذا أبرم العقد على أساس مقايسة بسعر الوحدة ، وتبين في أثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجازرة المصروفات المقدرة في المقايسة مجازرة محسوسة . . » . وفى اللجنة التشريعية لمجلس النواب عدل هذا النص على الوجه الآتى : « إذا أبرم عقد بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة ، وتبين في أثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجازرة المقايسة المقدرة مجازرة محسوسة . . » . وقيل فى اللجنة ، تبريراً لاستبدال عبارة « مجازرة المقايسة المقدرة مجازرة محسوسة » بعبارة مجازرة المصروفات المقدرة في المقايسة مجازرة محسوسة « ما يأتى : « إن النص الأصلى قد ينصرف معناه إلى أن المقصود بالمجازرة هو مجازرة السعر الوارد في المقايسة ، مع أن المقصود هو حالة مجازرة الكم لا السعر .^(١) ولا بد أن تكون مجازرة الكم مجازرة محسوسة كما هو صريح النص ، فإذا لم تكن محسوسة بأن زاد الكم زيادة طفيفة ، وسببت زيادة الأجر بما يقابل هذه الزيادة ولا خيار لرب العمل . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت الزيادة محسوسة فيعتد بها أو غير محسوسة فلا تكون محل اعتبار ، وتقديره لا يخضع لرقابة محكمة النقض .

ولا يكتفى أن تكون الزيادة محسوسة ، بل يجب أيضاً ألا تكون متوقعة وقت إبرام عقد المقاولة . ويفهم ذلك من سياق النص ، إذ تقول الفقرة الأولى من المادة ٦٥٧ مدنى كما رأينا : . . . وتبين في أثناء العمل أن من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجازرة المقايسة المقدرة مجازرة محسوسة . . . وموئدى ذلك أن المجازرة المحسوسة لم تكن متبينة عند إبرام عقد المقاولة ، وإنما تبينت في أثناء العمل . فإذا كانت المجازرة متوقعة عند إبرام عقد المقاولة أو كان من الممكن توقعها ، زاد الأجر بمقدار هذه المجازرة ولا خيار لرب العمل . (الشرط الثالث) أن يخطر الماثل بمجرد تبينه للزيادة رب العمل بذلك . وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٦٥٧ مدنى في هذا المعنى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٧ - ص ٣٩ - ولانظر أيضاً فقرة ٩٤ فى الماثل .

كما رأينا : « وجب على المقاتل أن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبنياً مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن ، فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات » . فالواجب إذن أن يخطر المقاتل رب العمل بما يتوقعه من زيادة . ولم يشترط النص شكلاً خاصاً لهذا الإخطار ، ولا ميعاداً معيناً يجب أن يتم فيه . ولذلك يجوز أن يكون الإخطار على يد محضر ، أو بكتاب مسجل ، أو بكتاب عادي ، أو شفوي ، وعلى المقاتل عبء إثبات أن الإخطار قد تم . ويجب أن يتم الإخطار فور تبين المقاتل للزيادة ، فإذا سكنت عن الإخطار بعد تبينه الزيادة مدة لا مبرر لها ، حمل ذلك على أنه قد نزل نزولاً ضمنيّاً عن حقه في استرداد قيمة الزيادة ، وبقي الأجر كما جاء في المقايضة دون تعديل . ويجب أن يشتمل الإخطار على مقدار ما يتوقعه المقاتل من الزيادة في الكم وما يستتبع ذلك من زيادة في الأجر ، ويتقيد بما ذكره في الإخطار ، فإن تبين بعد ذلك أن المجاوزة تزيد على ما قدر ، فالعبرة بمقدار الزيادة التي ذكرها في الإخطار لا بمقدار الزيادة الفعلية . ومن ثم يحسن بالمقاتل أن يحتاط ، ويكتفي في الإخطار بذكر الأيسر إلى تقوم عليها الزيادة المتوقعة دون أن يذكر رقماً معيناً لهذه المجاوزة ، تاركاً ذلك لما يسفر عنه تنفيذ العمل من نتيجة فعلية .

فلذا لم يخطر المقاتل رب العمل بالمجاوزة ، أو أبداً في إخطاره دون مبرر ، أو لم يذكر في الإخطار مقدار ما يتوقعه من الزيادة أو في القليل الأيسر التي تقوم عليها المجاوزة المتوقعة ، « سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات » كما يقول النص ، وبقي الأجر كما جاء في المقايضة دون تعديل ، وذلك بالرغم من وقوع مجاوزة محسوسة لما هو مقدر في المقايضة .

٩٦ — ما يترتب على توافر الشروط الثمونية — فرضاه : فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة على النحو الذي فصلناه ، فإن هناك فرضين يجب التمييز بينهما لأن لكل فرض منهما حكمه الخاص به . فلما أن تكون المجاوزة المحسوسة غير جسيمة وهنا هو الفرض الأول ، ولما أن تكون هذه المجاوزة جسيمة وهذا هو الفرض الثاني .

٩٧ — الفرض الأول — المجاوزة غير جسيمة : لم تعرض المادة ٦٥٧ مدني

سألقة الذكر لهذا القرض صراحة ، ولكن مفهوم المخالفة من نص الفقرة الثانية من المادة المذكورة يستخلص منه أن رب العمل لا يستطيع أن يتحلل من عقد المقاولة بسبب المخاورة المحسوسة غير الحسيمة ، وبأنه يجب زيادة الأجر بما يتناسب مع هذه المخاورة ، 'شاء رب العمل أو أبى' .

وتقدير ما إذا كانت المخاورة المحسوسة جسيمة فتجيز لرب العمل التحلل من المقاولة كما سيأتى ، أو غير جسيمة فتبقى رب العمل مقيدا بالمقاولة مع زيادة الأجر الزيادة المناسبة كما سبق القول ، مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض . فإذا تبين مثلاً أن المخاورة هي ١٠٪ من الأعمال التى كانت مقدرة فى المقايسة ، فالغالب أن قاضى الموضوع لا يعتبر هذه المخاورة جسيمة ، ويقضى بزيادة الأجر ١٠٪ عما كان مقدراً فى المقايسة . ويرر زيادة الأجر فى القرض الذى نحن بصدده أن الزيادة عادلة إذ لها ما يقابلها ، وهى بعد غير مرهقة لرب العمل إذ هى زيادة غير جسيمة .

٩٨ — الفرصه الثانى — المخاورة جسيمة : أما إذا كانت المخاورة جسيمة ،

فقد تكفلت الفقرة الثانية من المادة ٦٥٧ مدنى ببيان الحكم فى ذلك ، إذ تقول كما رأينا : « فإذا كانت المخاورة التى يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة ، جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ ، على أن يكون ذلك دون إبطاء ، مع إبقاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد ، دون أن يعرضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل » . ويستخلص من هذا النص أنه إذا كانت المخاورة جسيمة ، فإن رب العمل يكون بالخيار بين أمرين :

(الأمر الأول) أن يبقى مقيداً بالمقاولة ، ويطلب من المقاول إنجام العمل . وفى هذه الحالة يزيد الأجر بما يتناسب مع الزيادة الحسيمة . ويبقى عقداً للمقاولة نافذاً بجميع شروطه ، فيما عدا الأجر فإنه يزيد الزيادة المناسبة كما سبق القول . (الأمر الثانى) أن يتحلل رب العمل من المقاولة إذا رأى أن الزيادة

الحسيمة فى الأجر مرهقة له . وفى هذه الحالة يطلب من المقاول وقف العمل ، على أن يكون ذلك دون إبطاء . فإذا أبطأ فى هذا الطلب لإبطاء لا مبرر له ، كان للمقاول أن يعضى فى العمل ويفترض أن رب العمل قد اختار الأمر الأول أى إبقاء المقاولة مع الزيادة فى الأجر . والطلب الذى يتقدم به رب

العمل لوقف التنفيذ لا يشترط فيه شكل خاص ، فقد يكون على يد محصر أو مكتوباً أو شفوياً ، ولكن عبء إثبات التقدم بهذا الطلب يقع على رب العمل . فإذا تقدم رب العمل بهذا الطلب ، وجب على المفاوض أن يقف تنفيذ العمل ، ويتحلى رب العمل من المفاوضة . ولكن يجب عليه أن يعرض المفاوض لإيفائه « قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد ، دون أن يعرضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل » . فبرد للمفاوض قيمة ما أنجزه من الأعمال إلى يوم إخطاره بوقف العمل ، وتقدر هذه القيمة ، لا بحسب ما أنفق المفاوض فعلاً ، بل بحسب ما هو مقدر طبقاً لما جاء في المقايضة . فقد تكون القيمة التي أنفقها المفاوض فعلاً ، نظراً لارتفاع في بعض الأسعار ، أكبر من القيمة المقدرة طبقاً للمقايضة ، فلا يسترد المفاوض إلا القيمة الأخيرة ، وبذلك يكون عقد المفاوضة قد نفذ تنفيذاً جزئياً لا تنفيذاً كلياً^(١) . ويجبر المفاوض على هذا التنفيذ الجزئي . وليس له أن يطالب رب العمل بتعويضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل ، كما يكون له ذلك في حالة أخرى هي حالة تحلل رب العمل من العقد بإرادته المنفردة وفقاً لأحكام المادة ٦٦٣ مدني وسبأني بحثها تفصيلاً فيما يلي^(٢) . ذلك لأن رب العمل لم يتحلل هنا من العقد بمحض رغبته كما يتحلل منه بإرادته المنفردة في الحالة الأخرى ، بل هو قد اضطر للتحلل منه أمام هذه الزيادة الحسيسة المرهقة في الأجر ، ومن ثم لا يجبر على

(١) وقد كان المشروع النهائي للفقرة الثانية من المادة ٦٥٧ مدني يجرى على الوجه الآتي :
 « .. مع تمويض المفاوض عن جميع ما أنفقته من المصروفات وما أنجزه من الأعمال .. » . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدل النص على الوجه الآتي : « .. مع إيفاء المفاوض قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد » . وقيل في اللجنة تبريراً لهذا التمثيل : « وذلك حتى يقتصر التزام رب العمل على الوفاء بقيمة ما أنجزه المفاوض من الأعمال وفقاً لشروط العقد ، دون إلزامه بما يجاوز هذه القيمة من مصروفات أنفقها ، لأن رب العمل لم يكن مسئولاً عن مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايضة وقد تكون قيمة المصروفات الفعلية التي أنفقها المفاوض مجاوزة للتوقع من قيمة المقايضة ، فالأمر إذن لم يسفر إلا عن تنفيذ المفاوضة تنفيذاً جزئياً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٩ - ص ٤٠ - وانظر آتفاً فقرة ٩٤ من الهامش) .

وغنى عن البيان أنه إذا نزلت بعض الأسعار عما هو مقدّر في المقايضة ، يبقى رب العمل ملتزماً بإيفاء المفاوض قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة طبقاً لما جاء في المقايضة ، فيكون للمفاوض النعم في هذا الفرض ، كما كان عليه الفرض الأول .

(٢) انظر ما يلي فقرة ١٣٧ وما بعدها .

تعويض المفاوض عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل . ويمكن القول بأن تحمل رب العمل من المفاوضة هنا هو فسخ للعقد دون أن يكون لهذا الفسخ أثر رجعي ، فإتم تنفيذه من العقد ينتج أثره ، ويفسخ العقد في الشرط الذي لم ينفذ^(١) .

§ ٢ - الاتفاق على أجر إجمالي على أساس تصميم معين

٩٩ - نص قانوني : تنص المادة ٦٥٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل ، فليس للمفاوض أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة ، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل ، أو يكون مأفوناً به منه واتفق مع المفاوض على أجره .

٢ - ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة .

٣ - وليس للمفاوض ، إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف أن يستند إلى ذلك ليطالب بزيادة في الأجر ، ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً .

٤ - على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمفاوض بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وتداعي بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المفاوضة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو يفسخ العقد^(٢) .

(١) ويصح تكليف تحمل رب العمل من المفاوضة تكيفاً آخر . فيقال إن رب العمل وقع في غلط جوهري ، وهو غلط اشترك فيه المفاوض ، إذ اعتقد الطرفان أن تنفيذ المفاوضة لا يقتضي هذه الزيادة الحسية المبرقة . فلما كشف رب العمل عن غلظه ، طلب إبطال العقد ، وعوض المفاوض عما أنجزه من العمل مقدراً طبقاً للمقايضة على أساس مبدأ الإثراء بلاسبب محموراً بعض التحوير . ولرب العمل ألا يطلب إبطال العقد ، فيبقى العقد نافذاً بجميع شروطه مع زيادة الأجر . أما إذا كانت المفاوضة غير جسيمة ، فالغلط لا يكون جوهرياً ، ومن ثم لا يجوز لرب العمل إبطال العقد .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٧٩ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتي : « ١ - إذا أبرم العقد بشن حدد جزافاً على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل ، -

ويقال هذا النص في التقنين المدفئ المادة ٤١٨/٥١٠^(١).

= فليس المقاول أن يطالب بأية زيادة في الثمن، حتى لو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة ، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل ، أو يكون هذا قد أذن به واتفق مع المقاول ثمة . ٢ - وليس المقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الثمن ، حتى لو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد صعباً . ٣ - ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ، إلا إذا كان العقد الأصل ذاته قد اتفق عليه مشافهة . ٤ - عل أنه إذا احتل التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول اختلالاً تاماً بسبب حوادث لم تكن متوقعة وقت التعاقد ، وانهار بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاول ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة في الثمن أو أن يأذن في فسخ العقد . وفي لجنة المراجعة عدل ترتيب الفقرات وأدخلت تعديلات لفظية ، فأصبح النص كما يأتي : ١ - إذا أبرم العقد بأجر إجمالي عل أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل ، فليس المقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ، ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة ، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل ، أو يكون مأذوناً به منه وقد اتفق مع المقاول عل أجره . ٢ - ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ، إلا إذا كان العقد الأصل ذاته قد اتفق عليه مشافهة . ٣ - وليس المقاول ، إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة ، أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجر ، ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد صعباً . ٤ - عل أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول انهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، واندم بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاول ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد . وأصبح رقم المادة ٦٨٧ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية مجلس النواب أدخل عل الفقرة الرابعة تعديل عل الوجه الآتي : « عل أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي . . . بسبب حوادث إستثنائية عامة لم تكن في الحسبان . . . ، فتقيدت الحوادث بأن تكون إستثنائية عامة حتى يتحدد المقصود بالحوادث ، وحتى تشمل المادة التي نحن بصددنا مع المادة ١٥١/٢ (م ١٤٧/٢) مدفئ في خصوص الحوادث الطارئة) ، إذ أن الأول ليست إلا تطبيقاً لثانية . ووافق مجلس النواب عل المادة كما عدلتها بلجته . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « وأغرها من التكاليف » في الفقرة الثالثة لتواجه مسائل النقل والتأمين وغيرها ، وفي الفقرة الرابعة حذفت عبارة « انهياراً تاماً » لأن كلمة « انهيار » الواردة في صدر الفقرة تؤدي الفرض ، كما استبدلت عبارة « وتدهاى بذلك الأساس » بعبارة « واندم بذلك الأساس » لأن العبارة الأولى أوفى ببيان المقصود . وقد أصبح النص بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدفئ الجديد ، وأصبح رقمه ٦٥٨ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلت بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٠ - ص ٤٥) .

(١) التقنين المدفئ القديم ٤١٨/٥١٠ : لا يجوز لمن تعهد بعمل بالمقاول أن يطلب

بأية حلة زيادة مبلغ المقاوله ، إلا إذا زادت مصاريف العمل بسبب من صاحب العمل .
(ونص التقنين المدفئ القديم ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، وقد عم النص ليشمل المقاوله بأجر إجمالي والمقاوله بسم الوحدة . ويمتاز نص التقنين المدفئ الجديد عنه بأنه يضيف إلى ذلك تطبيقاً مستحدثاً لنظرية الظروف الطارئة في عقد المقاوله بأجر إجمالي ، بعد أن تقرر المبدأ العام =

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٦٢٤ - وفي التقنين المدني الليبي م ٦٥٧ - وفي التقنين المدني العراقي م ٨٧٧ - ٨٧٨ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦٧٥^(١) .

ويتبين من النص سالف الذكر أن له نطاقاً خاصاً في التطبيق ، وفي هذا النطاق الخاص تكون القاعدة العامة هي عدم تعديل الأجر المتفق عليه ، ومع ذلك فهناك فرضان استثنائيان يجوز فيهما هذا التعديل . فنتناول بالبحث هذه المسائل المختلفة .

١٠٠ - نطاق تطبيق النص : جاء في صدر الفقرة الأولى من هذا النص : « إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل . . . » فالقروض إذن أن هناك عقد مقاوله حدد فيه الأجر إجمالاً على أساس تصميم متفق عليه بين الماثل ورب العمل . ونرى من ذلك أن هناك شروطاً ثلاثة يجب توافرها في عقد المقاوله حتى يدخل في نطاق تطبيق النص :

= نظرية في المادة ٢/١٥٩ مدني . والأحكام المستحدثة في نص التقنين المدني الجديد لا تسمى إلا بالنسبة إلى عقود المقاوله المبرمة منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٦٩) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٢٤ (مطابق للفقرتين الأولى والثانية من المادة ٦٥٨ من التقنين المصري ، ولم يورد التقنين السوري الفقتين الأخيرتين ، فلم يبق إلا تطبيق نظرية الحوادث الطارئة في مبدأها العام كما هي مقررة في المادة ٢/١٤٨ مدني سوري) .

التقنين المدني الليبي م ٦٥٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٧٧ و ٨٧٨ (والنصان مطابقان لنص المشروع النهائي - م ٨٧٩ -

من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦٧٥ تر من يقوم بعمل مقابل بدل معين بناء على رسم أو تقديم وضحه بنفسه أووافق عليه ، لا يجوز له أن يطلب زيادة على ليلد بحجة أن التلغات تجاوزت المبلغ المقدر في الرسم أو في التلقيم ، إلا إذا كان صاحب الأمر هو الذي سمح له صراحة بتجاوز المبلغ ، أو كان هناك نص على العكس .

(ونص التقنين اللبناني يقارب نص المادة ١٧٩٣ مدني فرنسي . ولا يشتدل - كما افعلت التقنين المصري - على تطبيق خاص لنظرية الظروف الطارئة في حالة علو الأسعار أو الأاجور . ولما كان التقنين اللبناني لا يقر نظرية نظرت اسطارئة في مبدأها العام ، فلا مجال إذن لتطبيقها في عقد المقاوله) .

أولاً- أن يكون الأجر قد حدد بمبلغ إجمالي لا يزيد ولا ينقص . وهنا نرى أن الحالة التي نحن بصددنا غير الحالة الأولى التي سبق بحثها . ففي الحالة الأولى يكون الأجر في عقد المقاولة مقدراً بحسب مقايضة على أساس سعر الوحدة ، ومن ثم جاز أن يزيد الأجر إذا وقعت مجاوزة محسوسة للأعمال المقدرة في المقايضة على النحو الذي فصلناه فيما تقدم^(١) . أما هنا فالأجر محدد إجمالاً ، وقد أراد رب العمل أن يحدد نهائياً ومقدماً مقدار الأجر الذي يدفعه . فإذا كان الأجر الإجمالي غير محدد تحديداً نهائياً ، كأن اتفق الطرفان في العقد على زيادة الأجر أو نقصه إذا تبين أن تكاليف العمل أقل أو أكثر مما كان مقدراً ، فالأجر لا يكون محدد إجمالاً على وجه نهائي ، ومن ثم لا يدخل هذا الفرض في نطاق تطبيق النص ، بل تسرى في شأنه القواعد العامة فيزيد الأجر أو ينقص دون حاجة إلى اتفاق كتابي على تعديل التصميم وعلى مقدار الأجر^(٢) .

ثانياً - أن تكون المقاولة على أساس تصميم متفق عليه ، وذلك حتى تتبين حدود العمل على وجه كامل واضح نهائي . فيجب أن يكون التصميم كاملاً ، ولا يلزم أن يتمثل في رسوم^(٣) وإن كان هذا هو الغالب^(٤) ، ولكن يجب أن يكون وصفاً كاملاً يتضمن جميع الأعمال المطلوبة . فلو اشتمل على جزء

(١) انظر كلفاً فقرة ٩٧ .

(٢) استئناف مخطط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٥٤ - ١٨ مايو سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ٢٩٤ - ١٤ مايو سنة ١٩٣٩ م ٤٨ ص ٢٦٧ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١١ - نقض فرنسي ٩ نواير سنة ١٩٦٥ دالوز ١٩٦٠ - ٤٥ قسم الأحكام المختصرة - لاجراف فقرة ١٢ ص ٣٣ و فقرة ١٥ ص ٣٥ - ص ٣٦ - محمد لبيب شنب فقرة ١٣٩ ص ١٦٤ . كذلك إذا حدثت الأعمال المقدرة لها الأجر الإجمالي في تصميم متفق عليه بين الطرفين ، فازاد على هذه الأعمال ما يمكن أن يدخل في عقد المقاولة لا يشمل الأجر الإجمالي ، ولا يتعمله المقاول (استئناف مخطط ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٥) . ولكن ليس للمقاول أن يطلب زيادة في الأجر بدعوى أن التصميم يختلف عن المقايضة وأنه نفذ ماورد في التصميم دون المقايضة (استئناف مخطط ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٤) .

(٣) لاجراف فقرة ٢١ ص ٤٠ .

(٤) ويكون إثبات التصميم طبقاً للقواعد العامة (بودري وفال ٢ فقرة ٤٠١٠ ص ١١٣٩ - أوبري ورو وإسبان ٥ فقرة ٣٧٤ هامش ٣٨) .

منها على أن يستكمل فيها بعد لم تكن المفاوضة جزائية ، إذ يجب أن يكون التصميم كاملاً وقت إبرام المفاوضة لا في وقت لاحق^(١)، وذلك حتى تكون المفاوضة قد أبرمت على أساس تصميم معين متفق عليه كما يقول النص (م ٦٥٨/١ مدني) . ثم يجب أن يكون التصميم واضحاً ، ومعنى الوضوح هنا أن يكون مفصلاً دقيقاً ، فلا يكون التصميم الذي لا يشمل إلا على الخطوط الرئيسية للأعمال المطلوب إنجازها ، أو إلا على مخطط تقريبي غير دقيق لهذه الأعمال ، تصميماً واضحاً^(٢) . ويجب أخيراً أن يكون التصميم نهائياً ، فإذا احتفظ أحد الطرفين بحق إجراء تعديل في التصميم في أثناء تنفيذ المفاوضة ، سواء بالإضافة أو بالحدف أو بالتغيير ، فإن التصميم لا يكون نهائياً ، ولا تكون المفاوضة قد أبرمت على أساس تصميم معين متفق عليه كما يقضي نص القانون^(٣) .

ثالثاً - أن يكون عقد المفاوضة مبرماً بين رب العمل الأصلي والمفاوض ، أما إذا أبرم بين مقاول أصلي ومقاول من الباطن ففهما لا تسري المادة ٦٥٨ مدني وإنما تسري القواعد العامة . فلو اتفق مقاول أصلي مع مقاول من الباطن على أن يقوم الأخير بعمل على أساس تصميم معين متفق عليه بأجر إجمالي جزائي ، فإن القواعد العامة هي التي تسري كما قلنا ، ويستطيع المقاول من الباطن أن يجري تعديلاً في التصميم بعد موافقة المقاول الأصلي ولو موافقة ضمنية غير مكتوبة ، ودون حاجة للاتفاق معه على الأجر الزائد في مقابل هذا التعديل ،

(١) استئناف مخطط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٥٤ - لأجراف فقرة ٢٧ ص ٥١ - محمد ليبب شنب فقرة ١٣٩ ص ١٦٥ .

(٢) لأجراف فقرة ٢١ ص ٤٠ - محمد ليبب شنب فقرة ١٣٩ ص ١٦٥ .

(٣) استئناف مخطط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٥٤ - نقض فرنسي ٢٦ يونيو سنة ١٩٣٩ دالوز ١٩٣٩ - ٤٦٨ - ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ دالوز ١٩٤٠ - ١٥٠ - ٣ يونيو سنة ١٩٤٤ دالوز ١٩٤٥ - ٨٠ - ١٠ مايو سنة ١٩٦٠ دالوز ١٩٦٠ - ٥٧١ - بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٠٦ - لأجراف فقرة ٢٤ ص ٤٨ - محمد ليبب شنب فقرة ١٣٩ ص ١٦٥ - ١٦٦ .

ويستثنى بعض الفقهاء حالة ما إذا احتفظ رب العمل بإجراء تعديلات طفيفة قليلة الأهمية بالنسبة إلى مجموع الأعمال (أويري ورو ولبمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٧ - ويشير إلى حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ سريه ١٩٣٢ - ١ - ٨٤) . ولا يمنع من أن يكون الأجر إجمالياً الاتفاق على أن يوضع بيان نهائي بحالة الأعمال عقب إنجازها (استئناف مخطط ٤ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٥) .

ويرجع مع ذلك بالأجر الزائد حسب أهمية التغير ونفقات العمل ، وكان لا يستطيع ذلك لو أن المادة ٦٥٨ مدني هي التي تسرى كما سنرى . والسبب في ذلك أن المادة ٦٥٨ مدني إنما وردت لتحمي رب العمل وهو عادة رجل غير فني قليل الخبرة من المفاوض وهو دائماً رجل فني واسع الخبرة ، ولاتوافر حكمة النص في العلاقة ما بين المفاوض الأصلي والمفاوض من الباطن إذ هما يتساويان في المعرفة الفنية وفي الخبرة فيمكن في العلاقة بينهما أن تسرى القواعد العامة^(١). ويلاحظ أن المادة ٦٥٨ مدني ، في فقرتها الثالثة والرابعة الخاصتين بأنهار التوازن الاقتصادي ، تسرى في العلاقة ما بين المفاوض الأصلي والمفاوض من الباطن ، لأن العلة في استبعاد النص فيما يتعلق بتعديل التصميم وثبات الأجر ليست موجودة بالنسبة إلى أنهار التوازن الاقتصادي ٥

ومتي توافرت هذه الشروط الثلاثة ، فقد دخلنا في نطاق تطبيق المادة ٦٥٨ مدني ، ولاهم بعد ذلك أن تكون المفاوضة محلها إقامة بناء أو غير ذلك كصنع أثاث ، أو أن يكون محلها عملاً كبيراً كصنع سفينة أو عملاً صغيراً كصنع مكتب أو مكتبة . فنص المادة ٦٥٨ مدني مطلق لا يفرق بين فرض وآخر ، بخلاف المادة ١٧٩٢ مدني فرنسي فهي لا تتكلم إلا عن البناء ، وبخلاف المادة ٢٢٧٠ مدني فرنسي فهي لا تتكلم إلا عن الأعمال الكبيرة^(٢).

١٠١ - الفاعلة العامة : وإذا توافرت الشروط الثلاثة التي فصلناها فيما تقدم ، فإن الأجر الإجمالي الحزافي الذي اتفق عليه الطرفان في عقد المفاوضة لا يكون قابلاً للتعديل ، لا بالزيادة ولا بالنقص^(٣) . وذلك حتى لو أدخل

(١) جوار ٢ فقرة ٨٨٨ - يودري وثال ٢ فقرة ٤٠١٤ مكررة - أوبري ورو وإسبان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٧ - بلاتيرول وديبير ورواست ١١ فقرة ٩٤١ ص ١٨٢ - دي باج ٤ فقرة ٩٠٧ (ج) ص ٩٣٨ - محمد ليب شنب فقرة ١٤٣ - نقض فرنسي ٢٧ يناير سنة ١٩٣٧ جازيت دي پاليه ١٩٣٧ - ٥٢٤ .

(٢) لاجراف فقرة ١٣ ص ٣٥ - بلاتيرول وديبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٠ ص ١٩٢ - أوبري ورو وإسبان ٥ فقرة ٣٧٤ هامش ٣٤ - يودري وثال ٢ فقرة ٤٠١١ (ويريان الاقتصاد على البناء دون الأعمال الكبيرة) - محمد ليب شنب فقرة ١٣٩ ص ١٦٦ - نقض فرنسي ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢١ - ٢٣٨ - ٢٣ مايو سنة ١٩٥٩ دالوز ١٩٥٩ - ٤٨٩ .

(٣) وذلك إلا إذا كان المفاوض لم ينتج كل العمل وإنما أنجز بعضه ، فلا يستحق من الأجر إلا ما يناسب قيمة ما أنجز من العمل (استئناف مخطط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩٧ . ومع ذلك قارن استئناف مخطط ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٨٦) .

المقاول تعديلاً على التصميم ، فلا يزيد الأجر بهذا التعديل بل يبقى كما هو ، ولو كان التعديل هاماً نافعاً ، بل ولو كان ضرورياً^(١) . كذلك لا يزيد الأجر حتى لو زادت أسعار المواد الأولية ، أو زادت أجور العمال ، أو وقع حادث غير منتظر زاد في تكاليف الأعمال ، كما إذا تبين أن طبيعة الأرض تقتضي أعمالاً أكثر كلفة (فبا عدا الغلط الجوهري) ، أو انتشر وباء أو دهم غرق مما اقتضى أن تزيد التكاليف ، أو زادت أجور نقل المواد الأولية أو أجور نقل العمال ، أو زاد سعر التأمين على بعض الأعمال المطلوبة ، أو زادت الضرائب المفروضة على استيراد بعض المواد . وقد كان للمشروع التمهيدى للفقرة الثالثة من المادة ٦٥٨ مدنى تقتصر على ذكر ارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة ، فأضافت لجنة مجلس الشيوخ عبارة « أو غيرها من التكاليف » لتواجه مسائل النقل والتأمين وغيرها^(٢) .

وليس هذا إلا تمشياً دقيقاً مع إرادة المتعاقدين . فقد قصد رب العمل من أن يكون الأجر إجمالياً جزائياً ، وقبل المقاول منه ذلك ، لأنه أراد أن يعرف بصفة نهائية حاصمة ما يجب عليه دفعه من الأجر بحيث لا يستطيع المقاول أن يطالبه بأزيد من ذلك ، ولا يستطيع هو أن يدفع للمقاول أقل من ذلك . وقصد رب العمل من الاتفاق على هذا النحو أن يطمئن إلى مركز مستقر ثابت ، فلا يفاجأ بأية زيادة . فإذا كانت التكاليف الفعلية أكثر من الأجر المتفق عليه لحادث غير منتظر أو لزيادة في أسعار المواد الأولية أو أجور العمال أو أجور النقل أو سعر التأمين أو غير ذلك مما فصلناه فيما تقدم ، فإن تبعه هذا كله يتحملها المقاول ولا شأن لرب العمل بها . وفي نظير ذلك إذا كانت التكاليف الفعلية أقل بكثير من الأجر المتفق عليه ، فإن المقاول يتقاضى الزيادة دون أن يرجع عليه رب العمل بتخفيض في الأجر . هذا هو المعنى المقصود من الاتفاق في المقالة على أجر إجمالي جزائى على أساس تصميم معين متفق عليه بين الطرفين . فلا يجوز الخروج على هذا المعنى المقصود ، وقد قررت

(١) دويه ١٤ أبريل سنة ١٩٣٠ دالوز ١٩٣١ - ٤٧ قسم الأحكام المختصرة - محمد لبيب شلب فقرة ١٤١ ص ١٧٠ - ص ١٧١ - مكس ذلك مجلس الدولة الفرنسى ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٨ مجلة أحكام مجلس الدولة ١٩٣٧ - ٨٣٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٤ - وانظر آنفاً فقرة ٩٩ فى المالحس .

المادة ٦٥٨ مدنى كما رأينا هذا الحكم كيداً عام ، وقصدت أن تحمى رب العمل من المفاوض لضعف خبرة الأول بالنسبة إلى خبرة الثانى كما سبق القول ، فأجازت له أن يصل بالاتفاق مع المفاوض على أجر إجمالى جزائى إلى هذا القدر من الاطمئنان والاستقرار والثبات .

ويقال عادة إن هذا الحكم ليس من النظام العام ، فيجوز للمتعاقدين أن يتفقا على خلافه . ومثل لذلك يجوز أن يتفق المتعاقدان على أن يكون للمفاوض الحق فى القيام بأعمال لا يتضمنها التصميم إذا كانت هذه الأعمال ضرورية للتنفيذ وأن يتقاضى أجراً عليها ولو لم يأذن رب العمل صراحة بها ولم يتفق على أجرها^(١) . ولكن عقد المفاوضة فى هذه الحالة يخرج عن نطاق تطبيق المادة ٦٥٨ مدنى ، فقد قدمنا أن التصميم الذى يقوم عليه عقد المفاوضة يجب أن يكون تصميمياً نهائياً ، فلا يجوز أن يحتفظ أحد الطرفين بحق لإجراء تعديل فى التصميم فى أثناء تنفيذ المفاوضة ، وإذا احتفظ بهذا الحق صح ذلك ولكن المفاوضة تخرج عندئذ عن نطاق تطبيق المادة ٦٥٨ مدنى^(٢) . ونرى من ذلك أنه إذا توافرت فى المفاوضة الشروط الثلاثة التى سبق تفصيلها^(٣) ، فإنه لا يتصور الاتفاق العكسى ، ويجب إعمال المادة ٦٥٨ مدنى فلا يزيد الأجر المتفق عليه ولا ينقص بأى حال من الأحوال .

بل إن الأجر المتفق عليه لا يجوز زيادته حتى بطريق غير مباشر . فلأن المفاوض وجد أنه من الضروري لإدخال تعديل فى التصميم كان من شأنه أن زادت تكاليف العمل على الأجر المتفق عليه ، فإنه لا يتقاضى إلا الأجر المتفق عليه^(٤) ، ولا يستطيع أن يرجع بزيادة التكاليف ولو عن طريق دعوى الإثراء

(١) نقض فرنسى ١٠ مارس سنة ١٨٨٠ دالوز ٨٠ - ١ - ٣٨٦ - ١٦ يناير سنة ١٨٨٢ دالوز ٨٢ - ١ - ٤٢٣ - بلانويول وريبير ورواست ١٢ فقرة ٩٤٤ - محمد ليب شلب فقرة ١٤٢ من ١٧٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٠٠ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٠٠ .

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان المفاوض قد اتفق على مقابل إجمالى العمل الذى كلف به بعد معرفته كافة التفاصيل المتعلقة بالعمل ، فلا يكون له وجه من المطالبة بأى زيادة ، لأن عقد المفاوضة يتضمن فى الواقع اتفاقاً على بيع المواد الأولية لبناء وحل أجرة الصانع لها ، وليس للبائع أن يتمتع عن تسليم المبيع بحجة ارتفاع ثمنه بعد التعاقد على بيعه كما أنه ليس للصانع =

بلا سبب ، بحجة أن الأعمال التي تمت بعد تعديل التصميم قد زادت قيمتها عما كان مقدراً في التصميم قبل تعديله ، إذ لو جاز ذلك لأمكن التحايل من هذا الطريق على خرق أحكام المادة ٦٥٨ مدني^(١) .

فالأجر الإجمالي الجزائي المنفوق عليه لا يجوز إذن زيادته ، ولوعدل المفاوض التصميم أوزادت الأسعار أو الأجور على النحو الذي بسطناه .

١٠٣ - فرضاه استثنائية : ومع ذلك فهناك فرضان استثنائيان يجوز فيهما زيادة الأجر : (الفرض الأول) تعديل التصميم بسبب خطأ من رب العمل أو بناء على اتفاق معه . (الفرض الثاني) زيادة التكاليف زيادة فاحشة ينفار معها التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمفاوض . ونبحث كلا من هذين الفرضين .

١٠٣ - الفرض الأول - تعديل التصميم بسبب خطأ من رب العمل أو بناء على اتفاق معه : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٦٥٨ مدني لا تجوز زيادة الأجر الجزائي ولو حدث في التصميم تعديل أو إضافة ، إلا أن

مع أن يتمتع من عمل ما تمهد به بحجة ارتفاع مصاريف الصناعة . فلذا قام المفاوض بمثل زائد بلون إذن من صاحب العمل ، فإن المفاوض يعتبر قابلاً لإجراء العمل الزائد من غير أن يحاسب له شيئاً خاصاً (استئناف مصر ١٠ يونيو سنة ١٩٣٦ المأماة ١٧ رقم ١٩٧ ص ٤١٢) . وانظر أيضاً استئناف مخطط ٢٤ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٥ .

(١) نقض فرنسي ٢ مارس سنة ١٩١٥ دالوز ١٩٢٠ - ١ - ١٠٢ - ٥ - نوفمبر سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ - ٥٨٧ - ٣١ فبراير سنة ١٩٤٤ D. A. ١٩٤٤ - ٥٨ - هلك ١٠ فقرة ٤٢٩ - جيور ٢ فقرة ٨٩١ - أوبري ورو وإسان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٦ - بيدان ١٢ فقرة ٢٢١ - بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٣ - لاجراي فقرة ٣٥ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٠٩٨ - جوريه في الإثراء بلا سبب رسالة من باريس سنة ١٩٤٩ فقرة ١٨٨ - مازو ٣ فقرة ١٣٦١ ص ١١٢٦ - دي باج ٤ فقرة ٩٠٨ ص ٩٣٨ - است. في الإثراء بلا سبب والقضاء المدني مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٢٢ ص ٨٥ - عكس ذلك بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٠٩ .

وبفرض أن الأعمال التي أنجزت بعد تعديل التصميم تزيد عما كان مقدراً في التصميم قبل تعديله ، فإن زيادة القيمة لها سبب هو عقد المفاوضة ، والشرط في الإثراء بلا سبب ألا يكون هناك سبب قانوني للإثراء (الوسيط ١ فقرة ٧٧٤ ص ١١٣٩ - محمد ليبب شنب فقرة ١٤٢ ص ١٧١) . ويجوز للمفاوض نزع الأعمال التي كانت سبباً في زيادة القيمة بشرط ألا يكون ذلك ضاراً برب العمل (يترسوس ص ١٩ - محمد ليبب شنب فقرة ١٤٢ ص ١٧١) .

يكون ذلك راجعاً إلى خطأ رب العمل ، أو يكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول على أجره .

فإذا حدث في التصميم تعديل أو إضافة ، وكان ذلك نتيجة حتمية لخطأ من رب العمل ، كأن قدم للمقاول معلومات خاطئة عن الأبعاد التي يريدها للبناء ، أو قدم له أرضاً لا يملكها كلها فاضطر المقاول أن يهدم البناء في الجزء الذي لا يملكه رب العمل وأن يعدل التصميم على مقتضى المساحة الحقيقية التي يملكها رب العمل ، فإن المقاول يكون قد عدل التصميم بخطأ من رب العمل . فإذا كان تعديل التصميم يستوجب زيادة التكاليف على المبلغ الإجمالي المتفق عليه ، فإن هذه الزيادة يتحملها رب العمل لا المقاول ، لأنه هو الذي تسبب فيها بخطأه^(١) . ولا يشترط أن يكون رب العمل سيئ النية ، ولا حتى أن يكون مقصراً ، فقد يعتقد بحسن نية أن الأرض التي قدمها للمقاول هي كلها ملكه دون أن ينسب إليه في ذلك عدم حيطة ، ومع ذلك يكون مسئولاً عن زيادة التكاليف . فيمكن إذن أن يكون التعديل في التصميم الذي تسبب في زيادة التكاليف ناجماً عن فعله ومنسوباً إليه ، دون حاجة لأن يثبت في جانبه أي تقصير أو خطأ . بل ليس من الضروري أن يكون هناك تعديل في التصميم أصلاً ، ويمكن أن يتسبب رب العمل بفعله في زيادة التكاليف ، كأن يتأخر في الحصول على رخصة البناء أو في تقديم الأرض التي يجب البناء عليها ، فينجم عن ذلك تعطيل في العمل يحشم المقاول نفقات زائدة ، يرجع بها عليه لأنه هو المتسبب فيها .

كذلك يرجع المقاول بالزيادة في الأجر إذا حدث في التصميم تعديل أو إضافة ، وكان رب العمل قد أذن بذلك واتفق مع المقاول على مقدار الأجر الرائد . فلا يمكن إذن أن يأذن رب العمل بالتعديل أو الإضافة في التصميم ، فقد يحدث أن المقاول يزين له تعديلاً في التصميم أو إضافة فيه فيغريه بقبول

(١) استئناف مخطوط ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٣٥ - ٤ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٥ - ١٢ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٠٦ - ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٧ - ٢ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٦٥ - ٢٨ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٩٣ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٤٢ - ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٦٣ - محله ليب شنب فقرة ١٤٠ .

ذلك ، ثم يطالبه بعد ذلك بزيادة في الأجر لم يكن يتوقعها ولم يكن يحسب أن التعديل الذى وافق عليه يقتضى كل هذه النفقات ، فتضيع عليه ميزة الأجر الحزاقى الذى اطمأن إليه عند إبرام المفاوضة^(١) . فأراد المشرع ، إمعاناً في تنبيه رب العمل إلى الزيادة في الأجر التى سيتحملها ، أن يكون التعديل في التصميم متفقاً عليه بينه وبين المفاوض ، وأن يعين في هذا الاتفاق مقدار الزيادة في الأجر التى ستنتج عن هذا التعديل ، وأن يكون الاتفاق مكتوباً إذا كان عقد المفاوضة الأصيل قد حصل بالكتابة إذ تقول الفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ ملئى كما رأينا - « ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ، إلا إذا كان العقد الأصيل ذاته قد اتفق عليه مشافهة » . ولواقصر المشرع على اشتراط أن يكون التعديل مأفوناً به من رب العمل ، لما كان في هذا خروج على القواعد العامة ، فقد وقع اتفاق جديد عدل من الاتفاق الأصيل فوجب أن يسرى الاتفاق الجديد . ولكن المشرع لم يكف بذلك ، بل أوجب أن يتفق رب العمل مع المفاوض مقدماً على مقدار الزيادة في الأجر . وهنا الخروج على القواعد العامة^(٢) ، فقد كانت هذه القواعد تقضى بأنه يكفى أن يتفق رب العمل مع المفاوض على التعديل في ذاته ، وبشكل القانون بعد ذلك بتحديد مقدار الزيادة في الأجر ويرجع في هذا التحديد إلى قيمة العمل ونفقات المفاوض (م ٦٥٩ مدنى)^(٣) . أما حيث اشترط القانون أن يكون الاتفاق على هذه الزيادة ثابتاً بالكتابة إذا كان عقد المفاوضة الأصيل مكتوباً ، فليس في ذلك خروج على القواعد العامة ، فإنه إذا كان عقد المفاوضة الأصيل مكتوباً لم يجوز لإثبات الزيادة في الأجر - وهى عكس ما هو ثابت بالكتابة - إلا بالكتابة . ومن ذلك نرى أن الكتابة هنا ليست لازمة إلا للإثبات ، ومن ثم يغنى عنها مبدأ الثبوت بالكتابة إذا عزز بالبيئة أو بالقرائن ، وكذلك تغنى عنها البيئة والقرائن إذا وجد مانع ماضى أو أدنى يحول دون الحصول على الكتابة أو فقد المفاوض سند المكتوب لسبب

-
- (١) بودى وقال ٢ فقرة ٤٠٠٤ - بلانويل وريير ورواست ١١ فقرة ٩٤١ -
مازو ٣ فقرة ١٣٦١ ص ١١٢٦ - محمد ليب شنب فقرة ١٤١ ص ١٦٧ - ص ١٦٨ .
(٢) لاجراف فقرة ٤٧ ص ٩٨ - محمد ليب شنب فقرة ١٤١ ص ١٦٩ - ص ١٧٠ .
(٣) انظر آتناً فقرة ٩٠ .

لا يدل له فيه^(١). ومادام اشترط الكتابة في إثبات الزيادة في الأجر إذا كان عقد المفاوضة الأصلي مكتوباً ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة . فإن الكتابة تشترط ، لا في إثبات الاتفاق على مقدار الزيادة في الأجر فحسب ، بل تشترط أيضاً في إثبات الاتفاق على التعديل في ذاته ، وإلّا كان ظاهر نص الفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ مدني يومه أن اشترط الكتابة مقصور على الاتفاق على مقدار الزيادة في الأجر دون الاتفاق على التعديل في ذاته^(٢).

(١) محمد ليب شنب فقرة ١٤١ ص ١٧٠ - أما في فرنسا فيذهب القضاء والفقهاء إلى أن المادة ١٧٩٣ مدني فرنسي تشترط الكتابة لصحة الإذن في التعديل لا لمجرد إثباته ، فلا يخفى من الكتابة مبدأ ثبوت بالكتابة ولو عزز بالبيئة أو بالقرائن (نقض فرنسي ٦ مارس سنة ١٨٦٠ دالوز ٦٠-١-٢٦٦ - ٤ يناير سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٠-١-٢٤٦ - ١٠ يولييه سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٧-١-٤٦٧ - ٨ يولييه سنة ١٩١٥ دالوز ١٩٢٠-١-١٠٢ - ١٠ يولييه سنة ١٩٣١ دالوز ١٩٣٢-١-٦٥ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٠٧ - أوبري ورو وإسبان ه فقرة ٣٧٤ ص ٤١٦ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٢ - مازو ٣٠ فقرة ١٣٦١ ص ١١٢٦) . ولكن الكتابة غير ضرورية أصح الاتفاق على مقدار الزيادة في الأجر ، بل يصح أن يكون هذا الاتفاق شفويًا وتسري ، في إثباته القواعد العامة (نقض فرنسي ١٣ أغسطس سنة ١٨٦٠ دالوز ٦١-١-١٠٥ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٠٨ - أوبري ورو وإسبان ه فقرة ٣٧٤ ص ٤١٦ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٢ ص ١٨٤) . وفي عهد التقنين المدني المصري القديم لم يلتزم القضاء بضرورة الاتفاق مقدماً على التعديل وزيادة الأجر ، بل استخلص وجود هذا الاتفاق من وجود التعديل فعلاً . فقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه جرت العادة في أشغال المهارات أن يغير أصحابها في تنفيذ الأعمال المختصة بها ، ومن تلك التغييرات ما يكون وقتياً فلا يؤخذ به عقد خاص . ولذلك لا يفيد صاحب المهاراة التمسك بالعقد إذا ثبت حدوث التغييرات من مقارنة الأعمال الثابتة على ذلك المدة ومن أنوال الخصوم أنفسهم (استئناف وطني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ه ص ٩٦ - ومع ذلك قارن استئناف مخطط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٢٦) .

(٢) استئناف مخطط ٢٤ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٥٣٥ - ٤ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٥ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٢٦ - محمد ليب شنب فقرة ١٤١ ص ١٦٨ - ص ١٦٩ .

والإذن الصادر من رب العمل في تعديل التصميم يجوز أن يصدر منه شخصياً أو من وكيل عنه مفوض تفويضاً خاصاً في هذا الإذن ، فلا تكن الوكالة العامة التي للمهندس عن رب العمل ، بل يجب أن يكون المهندس مفوضاً تفويضاً خاصاً من رب العمل في الإذن بالتعديل (استئناف مخطط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٤٧ - نقض فرنسي ه مارس سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢-١-٣٥٩ - كان ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠-٢-٤١٦ - الجزائر ه ديسمبر سنة ١٩٠٩ Le Droit ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ - جيوار ٢ فقرة ٨٩٢ - بودرى وقال ٢ =

١٠٤ - الفرصه التالى - زيادة التكاليف زيادة فاعمة بنهار معها

التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول : رأينا أن الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ٦٥٨ مدنى تنصان على ما يأتى :

« ٣ - وليس للمقاول ، إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف : أن يستند إلى ذلك ليطالب بزيادة فى الأجر ، ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً . ٤ - على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد ، وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة ، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد . » وهذه النصوص تطبيق واضح فى عقد المقاولة لنظرية الحوادث الطارئة التى تقرر مبدأها فى المادة ٢/١٤٧ مدنى على الوجه الآتى : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها ، وترتب على حلولها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلًا ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى ، تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك » (١) .

وشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة فى الصورة التى نحن بصدددها هي نفس شروط تطبيق النظرية فى مبدأها العام ، كما يتبين من المقارنة ما بين النصوص سالفة الذكر . وقد قدمنا عند الكلام فى نظرية الظروف الطارئة فى مبدأها العام (٢) . أن هذه الشروط أربعة :

= فقرة ٤٠٠٧ - يناير/يناير ورواست ١٩ فقرة ٩٤٢ ص ١٨٤ - محمد لبيب شنب فقرة ١٤١ ص ١٦٩) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « والفقرة الرابعة هى تطبيق لنظرية الظروف الطارئة فى حالة عقد المقاولة . وقد سبق أن قرر المشروع هذه النظرية بصفة عامة فى المادة ٢١٣ فقرة ٢ منه (م ٢/١٤٧ مدنى) . والميار الذى يقرره النصوص - اختلال التوازن الاقتصادى بين الالتزامات اختلالاً تاماً بسبب حوادث لم تكن متوقعة وقت التعاقد - هو من البقعة بحيث يحد من تدخل القاضى ، وفى الوقت نفسه من المرونة ، بحيث يسمح له بمراعاة ظروف كل حالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية د ص ٤٢) .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٤٢٠ .

أولاً- أن يكون العقد متراجياً ، وهو شرط غالب لا شرط ضروري .
ولاشك أن هذا الشرط متوافر في عقد المقاولة ، فهناك فترة من الزمن تفصل
بين إبرام المقاولة وتنفيذها .

ثانياً- أن تجدد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة . وهذا ما تنص
عليه صراحة الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدني فيما رأينا إذ تقول : « على
أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول
بسبب حوادث استثنائية عامة . . » . وقد كان المشروع التمهيدى لهذا النص
يقصر على ذكر لفظ « حوادث » ، دون أن يصفها بأن تكون « استثنائية
عامة » ، فأدخلت لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب هذا الوصف ،
« فتقيدت الحوادث بأن تكون استثنائية عامة حتى يتحدد المقصود بالحوادث ،
وحق تنمشی المادة التي نحن بصددھا مع المادة ١٥١/٢ (م ١٤٧/٢ مدني) إذ
أن الأولى ليست إلا تطبيقاً للثانية »^(١) . ومثل الحوادث الاستثنائية العامة حرب
أو أضرار مفاجئ أو قيام تسعيرة رسمية أو إلغائها أو استيلاء إداري أو ولاء
ينتشر أو تشريع مفاجئ ، ويكون من وراء هذه الحوادث الاستثنائية أن
ترتفع أسعار المواد الأولية أو أجور العمال أو تزيد تكاليف العمل كأن تزيد
أجور نقل المواد الأولية أو العمال أو يزيد سعر التأمين أو تزيد الضريبة على
استيراد المواد الأولية من الخارج . ويجب أن تكون الحوادث عامة ،
أي غير خاصة بالمقاول وحده ، كما رأينا في الأمثلة التي سبق سردھا^(٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٣ - وانظر آتياً فقرة ٩٩ في الهامش .

(٢) وقد تكون الحوادث الاستثنائية موجودة وقت التعاقد ولكنها لم تكن معروفة من
المقاول ولا متوقعة منه ولا يمكن توقعها . مثل ذلك أن يكون تحت الأرض المراد البناء عليها
أطلال مدينة قديمة أو يجري مياه جرفية ، مما يستوجب وضع أساسات تزيد تكاليفها كثيراً عما كان
مقدراً . فيعتبر ذلك حادثاً استثنائياً عاماً - وهو عام لأنه لا يخص هذا المقاول وحده بل يمس أي
مقاول آخر يوكّل إليه تنفيذ هذه المقاولة - لم يكن في الحسبان وقت التعاقد . ويذهب الأستاذ
محمد ليب شنب إلى أن المادة ٦٥٨ مدني لا تنطبق هنا ، لأن الحادث الاستثنائي كان موجوداً
وقت التعاقد ولم يجد في أثناء تنفيذ المقاولة . ولكنه يميز إبطال العقد لفظاً من صفات جوهرية من صفات
العمل محل المقاولة ، فالعمل كان من الواجب إنجازه على أرض صالحة بطبيعتها البناء ، ولكن
تبين أن هذه الأرض لا يمكن البناء عليها إلا بعد تهيئتها لذلك بأعمال غير عادية . ويجوز لرب العمل
أن يتلافى الإبطال بأن يدفع للمقاول زيادة في الأجر تتناسب مع زيادة النفقات ، إذ لا يجوز
الصلك باللفظ على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية (محمد ليب شنب فقرة ٩٤٥ -

نحن بصدها ، ولهذا أن نحتاج هذه الحسارة فيطالب بزيادة الأجر أو بفسخ العقد كما سرى . بل إن الإرهاق لا ينتهي حتى لو كان المقابل قد خزن كمية كبيرة من المواد الأولية دون أن يتوقع علو السعر . ثم علت أسعار هذه المواد أضعافاً مضاعفة بسبب حوادث استثنائية عامة ليس في الوسع توقعها ، فيجوز للمقابل أن نحتاج بارتفاع الأسعار ويطلب زيادة الأجر أو فسخ العقد ، أما المكسب الذي جناه من تخزين المواد الأولية فيكون له هو ، ومن ثم نرى أن الإرهاق معياره موضوعي بالنسبة إلى الصفقة المعقودة ، لا ذاتي بالنسبة إلى شخص المدين^(١) .

وإذا كانت شروط نظرية الظروف الطارئة في مبدأها العام تتفق مع شروط النظرية في تطبيقها الخاص بعقد المقاولة ، فإن الجزاء يختلف قليلاً في التطبيق الخاص عنه في المبدأ العام . ففي المبدأ العام يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك . فالقاضي مطلق اليد في معالجة الموقف الذي يواجهه ، فهو قد يرى أن الظروف لا تقتضي إنقاص الالتزام المرهق ، ولا زيادة الالتزام المقابل ، بل يقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ . وقد يرى زيادة الالتزام المقابل . وقد يرى إنقاص الالتزام المرهق . وإذا جاز للقاضي أن يقف تنفيذ الالتزام المرهق أو ينقص منه أو يزيد في الالتزام المقابل ، فإنه لا يجوز له فسخ العقد . ذلك أن نص المادة ٢/١٤٧ مدني الذي يقرر المبدأ العام لا يجعل للقاضي إلا أن « يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول » . فالالتزام المرهق يبقى ولا ينقضي ، ولكن يرد إلى الحد المعقول ، فتتوزع بذلك تبعة الحادث الطارئ بين المدين والدائن . ولا يتحملها الدائن وحده بفسخ العقد^(٢) .

أما في التطبيق الخاص بعقد المقاولة الذي نحن بصده ، فإن الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدني تقول : « . . . جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد » . فالنص إذن يجيز هنا فسخ العقد ، حيث لا يجوز ذلك في المبدأ العام للنظرية . والقاضي يحكم بفسخ عقد المقاولة إذا رأى مبرراً

(١) الوسيط ١ فقرة ٤٢٠ ص ٦٤٥ - ص ٦٤٦ .

(٢) انظر في ذلك الوسيط ١ فقرة ٤٢١ .

لذلك ، كما إذا رأى أنه إذا زاد الأجر فإن التزام المقاول يبقى مع ذلك مرهقاً وفي الوقت ذاته ترمق زيادة الأجر رب العمل ، ويفضل أن يفسخ العقد فيضع حداً لإرهاق المقاول ويمنع إرهاق رب العمل بزيادة الأجر . فإذا لم ير القاضي فسخ المفاولة . فأمامه أن يزيد الأجر . ولكن يلاحظ أنه لا يزيد الأجر زيادة تجعل المقاول لا يتحمل أية خسارة من زيادة التكاليف . بل هو يحمل المقاول أولاً كل الزيادة المألوفة للتكاليف ، ثم ما زاد على التكاليف المألوفة - أى التكاليف غير المألوفة - يقسمه مناصفة بين المقاول ورب العمل فيتحمل كل منهما نصيبه من هذه الخسارة غير المألوفة . فإذا كان الأجر الإجمالي المتفق عليه يبلغ مثلاً عشرة آلاف ، ثم ارتفعت التكاليف بسبب حوادث استثنائية عامة غير منظورة إلى عشرين ألفاً ، وكانت الخسارة المألوفة في مثل هذه المفاولة هي ألفان ، فإن القاضي يحمل الألفين كليهما للمقاول . ويقسم الباقي من الخسارة - وهو ثمانية آلاف ^(١) - نصفين ، يحمل رب العمل منهما النصف والمقاول النصف الآخر . وبذلك يتحمل رب العمل أربعة آلاف ، فيحكم القاضي بزيادة الأجر بهذا المقدار . ولما كان الأجر الأصلي هو عشرة آلاف ، فإن كامل الأجر الذى يلزم به رب العمل يكون أربعة عشر ألفاً ^(٢) .

ولما كان وقف تنفيذ المفاولة لا يتعارض مع نصوص المادة ٦٥٨ مدنى ، فإنه يمكن القول بأن القاضي قد لا يرى داعياً لفسخ المفاولة ولا لزيارة الأجر ، ويكتفى بوقف تنفيذ المفاولة حتى يزول الحادث الطارئ . وقد ورد فى الجزء الأول من الوسيط فى هذا المعنى ما يأتى : « قد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ ، إذا كان هذا الحادث وقتياً يقدر له الزوال فى وقت قصير . مثل ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى ، وترتفع أسعار بعض مواد البناء لحادث طارئ ارتفاعاً فاحشاً ، ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب

(١) لأن مجموع الخسارة هو عشرة آلاف ، إذ بلغت التكاليف عشرين ألفاً وبلغ الأجر الإجمالي عشرة آلاف . فيطرح من مجموع الخسارة (عشرة آلاف) ألفان ها الخسارة المألوفة ، والباقي وهو ثمانية آلاف يكون الخسارة غير المألوفة .

(٢) انظر فى هذا المعنى الوسيط ١ قفرة ٤٢١ ص ٦٤٧ - محمد لبيب شنب قفرة ٦٤٦

افتتاح باب الاستيراد : فيقف القاضى التزام الما قول بتسليم المبني في الموعد المتفق عليه ، حتى يتمكن الما قول من القيام بالتزامه دون إرهاب ، إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب المبني ^(١) .

ويلاحظ أن الجزء المتقدم الذكر يعتبر من النظام العام ، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا مقدماً على ما مخالفه ، كأن ينزل الما قول مثلاً في عقد الما قولة عن حقه في التمسك بنظرية الظروف الطارئة ، فثل هذا النزول يكون باطلا لا يعتد به . وقد ورد ذلك صريحاً في المادة ٢/١٤٧ مدني التي تقرر المبدأ العام ^(٢) ، ولم يرد في المادة ٦٥٨ مدني . ولكن لما كانت هذه المادة الأخيرة ليست إلا تطبيقاً للمادة الأولى ، فإنه يجب اعتبار أحكام كل من المادتين متعلقة بالنظام العام ^(٣) .

§ ٣ - أجر المهندس المعماري

١٠٥ - نص قانوني : تنص المادة ٦٦٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - يستحق المهندس المعماري أجراً مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقايسة ، وآخر عن إدلة الأعمال .

٢ - فإذا لم يحدد العقد هذه الأجور ، وجب تقديرها وفقاً للعرف الجاري .

٣ - غير أنه إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذي وضعه المهندس ،

(١) الوسيط ١ فقرة ٤٢١ ص ٦٤٦ - ص ٦٤٧ - وانظر في هذا المعنى محمد لبيب شنب فقرة ١٤٦ ص ١٧٨ .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٤٢١ ص ٦٤٩ .

(٣) هذا ويلاحظ أن هذا التطبيق الخاص لنظرية الظروف الطارئة ، الوارد في المادة ٦٥٨ مدني ، مقصور على الما قولة التي يكون فيه الأجر قد حدد بمبلغ إجمالي على أساس تصميم متفق عليه (انظر آنفاً فقرة ١٠٠) . أما الما قولة التي يكون فيها الأجر مقدراً بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة ، فلم يرد في شأنها نص خاص بنظرية الظروف الطارئة ؛ وليس معنى ذلك أن هذه الما قولة لا تسرى عليها نظرية الظروف الطارئة أصلاً ، بل معناه أن تسرى عليها النظرية في مبدأها العام كما هو مقرر في المادة ٢/١٤٧ مدني ، دون التطبيق الخاص المقرر في المادة ٦٥٨ مدني (انظر آنفاً فقرة ٩٥ الشرط الثاني) .

وجب تقدير الأجر بحسب الزمن الذي استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة هذا العمل^(١).

ويقال النص في التقنين المدني القديم المادة ٤٠٨/٤٩٧ - ٤٩٩^(٢).

ويقال في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري م ٦٢٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٦٥٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ٨٨١ ولا مقابل للنص في تقنين الموجبات والعقود اللبناني^(٣).

١٠٦ - **تكييف العقد مع المهندس المعماري** - إمام: قلنا أن العقد مع المهندس المعماري يقع في الأصل على أعمال مادية هي وضع التصميم والرسوم، وعمل المقاييسات، وإدارة الأعمال والإشراف على التنفيذ. وقد يقوم المهندس المعماري ببعض التصرفات القانونية، كعقد صفقات لحساب رب العمل وإقرار حساب المكاوول وتسليم العمل منه^(٤). فإذا اقتصر العقد على أعمال مادية تمحض مقاوله، وإذا اختلطت بالأعمال المادية تصرفات قانونية كان العقد خليطاً من مقاوله ووكالة. ومن ثم تسري أحكام المقاوله والوكالة، ولكن عنصر المقاوله هو الغالب فإذا تعارضت الأحكام وجب تطبيق أحكام المقاوله. فلا يكون

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٩٠١ من المشروع المهيكل على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٦٨٩ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨٨، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٠ (مجموعة الأعمال التشريعية ٥ ص ٤٦ - ص ٤٨).

(٢) التقنين المدني القديم م ٤٠٨/٤٩٧ - ٤٩٩: يستحق المهندس المعماري أجره خاصة بعمل الرسم والمقاييس وأجرة لإدارة عمل البناء، فإن لم يحصل الاتفاق على مقدار هاتين الأجرتين يصير تقديرهما على حسب العرف الجاري. إنما إذا لم يتم العمل بمقتضى الرسم الذي أجراه المهندس، فيكون تقدير الأجرة فقط بحسب الزمن الذي استغرقه في عمل ذلك الرسم وباعتباره نوعه. (وأحكام التقنين المدني القديم تطابق أحكام التقنين المدني الجديد).

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م ٦٢٦ (مطابق).

التقنين المدني الليبي م ٦٥٩ (مطابق).

التقنين المدني العراقي م ٨٨١ (موافق).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني لا مقابل. ولكن النص لا يخرج عن القواعد العامة (٤) استئناف مخطوط ٢٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢١٧.

أجر المهندس خاضعاً لتقدير القاضي كأجر الوكيل ، ولا ينتهي بموت رب العمل كما كان ينتهي لو أنه كان وكالة . وقد تقدم بيان هذا تفصيلاً ، فنحيل هنا إلى ما قلناه هناك^(١) .

١٠٧ - المفروض أنه المهندس يعمل بأجر : وسواء تمحض المقدم مع المهندس مقالة أو اختلطت به الوكالة ، فالمفروض أن المهندس يعمل بأجر ، لأنه ذو مهنة حرة يتعيش منها ، والمفروض في كل ذي مهنة حرة أنه يعمل بأجر . والأصل في عمل المهندس الذي يؤجر عليه هو وضع التصميم وعمل المقايسة ، فإذا جمع إلى ذلك الإشراف على التنفيذ وإدارة الأعمال كان له أجر آخر على هذا العمل^(٢) . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٦٠ مدني على ذلك صراحة كما رأينا ، إذ تقول : « يستحق المهندس المهاري أجراً مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقايسة ، وآخر عن إدارة الأعمال » .

وإذا كان المفروض أن المهندس يعمل بأجر ، فإن هذا الفرض يقبل الدليل على العكس . فقد يستخلص من الظروف أن عمل المهندس لأجر عليه . مثل ذلك أن يضع المهندس تصميماً يتقدم به للحصول على عمل أو على صفقة ، فإذا حصل على ما يطلبه اعتبر هذا أجراً كافياً على عمله ولا أجر له فوق ذلك . وحتى إذا لم يحصل على ما يطلبه ، فلا أجر له مادام قد تقدم بتصميمه من تلقاء نفسه دون أن يطلب منه ذلك رب العمل ، إذ لا يوجد في هذه الحالة عقد بينهما^(٣) . أما إذا أعلن رب العمل عن مسابقة لوضع تصميم معين ، فن لم يفز في المسابقة لاحق له في أجر على عمله ، أما من فاز فيستحق الجائزة إذا كانت هناك جائزة ، أو يستحق أن يعهد إليه العمل إذا كانت هذه هي شروط المسابقة ، فإذا لم تكن هناك جائزة ولم يعهد إليه بالعمل ولم ينفذ تصميمه استحق أجراً على عمله يقدر بحسب الزمن الذي استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة العمل (م ٦٦٠ / ٣ مدني)^(٤) كما سنرى .

(١) انظر كلاً فقرة هـ في آخرها .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٨٦ .

(٣) بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٧٦ وقررة ٣٩٧٨ .

(٤) بودري وقال ٢ فقرة ٣٩٧٦ - أما إذا فقد تصميمه دون أن يشرف هو على

التنفيذ ، فإنه يتقاضى أجراً يقدر وفقاً للعرف الجاري (م ٢/٦٦٠ مدني) .

١٠٨ — كيف يقرر أجر المهندس : والذي يقع غالباً أن رب العمل يتفق مع المهندس على مقدار أجره ، فالاتفاق هو الذي يحدد في هذه الحالة مقدار الأجر^(١). فإذا حدد على هذا النحو ، لم يجوز تخفيضه بدعوى أنه مبالغ فيه ، وذلك بخلاف أجر الوكيل فإنه يجوز تخفيضه (م ٢/٧٠٩ مدني). ولا يجوز تخفيض أجر المهندس المتفق عليه ، حتى لو تضمنت الأعمال التي يقوم بها تصرفات قانونية فيكون وكيلًا عن رب العمل في هذه التصرفات ، وذلك أنه إذا اختلطت الوكالة بالمقاول فالعنصر الغالب هو عنصر المقاول وتسري أحكامها دون أحكامها الوكالة إذا تعارضتا ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك^(٢). والغالب أن الاتفاق يحدد أجرًا للمهندس على وضع التصميم والمقاييس ، وأجرًا آخر مستقلًا على إدارة الأعمال والإشراف على التنفيذ ، هذا إذا كان كل ذلك معهودًا به إلى المهندس . أما إذا عهد إليه بعمل دون آخر ، فالاتفاق يحدد بداهة أجرًا واحدًا على هذا العمل . ولا يوجد ما يمنع ، إذا عهد إلى المهندس بالعملين معاً ، أن يحدد الاتفاق أجرًا واحدًا للعملين دون تحديد نصيب كل من العاملين في الأجر .

(١) وإذا حدد أجر المهندس بالاتفاق ، لم يجوز تخفيضه بدعوى أن المهندس قد ارتكب خطأ لم يثبت في جانبه (استئناف غخلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٩) ، كما لا يجوز الاتجاه إلى القضاء لتقدير الأجر بعد أن تم تقديره بالاتفاق (استئناف غخلط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٣٠) .

وإذا كان مالكان على الشيوع هارب العمل ، وكان أحدهما يدفع للمهندس أنفاقاً من أجره ويذكر المهندس عند تسليم هذه الأنفاق أن أجره مقدر بنسبة مئوية معينة بالاتفاق مع المالك الآخر ، وذلك دون أن يترس المالك الأول ، فهذا دليل على أن هناك اتفاقاً على تقدير أجر المهندس بهذه النسبة المئوية المئوية (استئناف غخلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٩) . (٢) انظر آنفاً فقرة ٥ في آخرها وفقرة ١٠٦ — وكان القضاء في فرنسا يحكم بجواز تخفيض الجزء من الأجر المقابل للتصرفات القانونية التي يقوم بها المهندس باحتسابه وكيلًا فيها (ديجون ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٤ سيرة ١٩٣٥ - ٢ - ٥٥ - السين ١٩ يوليو سنة ١٨٩٣ جازيت في پاليه ١٩٤ - suppl. ٦ - ٤ فبراير سنة ١٩٠٥ Le Driot - ١٠ سبتمبر سنة ١٩٠٥) . ولكن النسخة الفرنسية يذهب إلى أنه ، بعد صدور قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٠ (م ٣) الذي ينظم مهنة المهندس المماري وذكريته ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٤١ الذي يقتن واجبات المهندس المماري ، لا يجوز تخفيض أجر المهندس المماري المتفق عليه (م ٨ من الذكريته - أوبري ورد وإسكاه ٥ فقرة ٣٧٤ هامش ٥/٤١ - بلانيول وريبير روست ١١ فقرة ١٢٢ ص ١٧١) .

وقد يحدد الاتفاق أجر المهندس بمبلغ إجمالي ، أو يحدده بنسبة معينة من قيمة الأعمال . وفي هذه الحالة الأخيرة تكون العبرة بقيمة الأعمال الفعلية لا بالقيمة المقدرة في المقايسة ، فلا تمكن إذن معرفة أجر المهندس بالضبط إلا بعد إنجاز الأعمال ومعرفة قيمتها الحقيقية^(١) . فإذا قبل المقاول أن يخصص رب العمل جزءاً من قيمة الأعمال يدخل هذا الخصم في الحساب عند تقدير أجر المهندس ، وإذا لم ينتج المقاول من الأعمال إلا بعضها فالعبرة في حساب أجر المهندس بقيمة هذا البعض الذي أنجز لا بقيمة الأعمال كلها^(٢) . وقد يتفق على أن يكون أجر المهندس نسبة معينة ، لا من قيمة الأعمال الفعلية ، بل من قيمتها المقدرة مقدماً بحسب المقايسة . وفي هذه الحالة يمكن تقدير أجر المهندس مقدماً قبل إنجاز الأعمال ، فهو هذه النسبة المتفق عليها من القيمة المقدرة للأعمال قبل البدء فيها ، ولا عبرة إذن بقيمة الأعمال الفعلية سواء كانت هذه القيمة أقل أو أكثر من القيمة المقدرة . على أنه إذا ثبت أن المهندس قد بالغ في تقدير قيمة الأعمال بحسب المقايسة التي وضعها حتى يزيد بذلك من أجره ، أنقصت القيمة المقدرة إلى المقدار المناسب وحسب أجر المهندس تبعاً لذلك ، مع إلزامه بالتعويض عن أي ضرر يلحق رب العمل من جراء هذا الغش^(٣) .

أما إذا لم يكن هناك اتفاق على مقدار الأجر ، فالمفروض مع ذلك أن المهندس يعمل بأجر كما سبق القول . وقد كانت القواعد العامة تقضي في هذه الحالة بأن يرجع في تحديد أجر المقاول إلى قيمة العمل ونفقات المهندس ، كما تقضي المادة ٦٥٩ مدني فيما رأينا إذ تقول : « إذا لم يحدد الأجر سلفاً ، وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول »^(٤) . ولكن المشرع

(١) ويقتد في تقدير القيمة الفعلية للأعمال بما تم من اتفاق بين رب العمل والمقاول ، ما لم يثبت المهندس صورية هذا الاتفاق (استئناف مخطط ١٩ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٤) . ويدخل في قيمة الأعمال ، ليس بحسب قيمة أعمال البناء ، بل أيضاً قيمة الأعمال التابعة ولو كانت منفصلة ، كالكراسي والأجهزة الكهربائية في المسرح محل التعلق إذ كانت مهمة المهندس تتضمن المساعدة في اختيار هذه الأشياء وتحديد أثمانها (استئناف مخطط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٩) .

(٢) بودوي وقال ٢ فقرة ٣٩٩٠ .

(٣) بودوي وقال ٢ فقرة ٣٩٩١ .

(٤) انظر أنفاً فقرة ٩٠ .

اختص المهندس بنص يتعلق بتحديد أجره إذا لم يحدد الاتفاق هذا الأجر ، فنصت الفقرتان الأولى والثانية من المادة ٦٦٠ مدنى ، كما رأينا ، على أنه « ١ - يستحق المهندس الممارى أجراً مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقايسة ، وآخر عن إدارة الأعمال ، ٢ - فإذا لم يحدد العقد هذه الأجور ، وجب تقديرها وفقاً للعرف الجارى » . ففى تقدير أجر المهندس لا يرجع القاضى إلى قيمة العمل ونفقات المهندس كما تقضى القواعد العامة فيما هو منصوص عليه فى المادة ٦٥٩ مدنى ، بل يرجع إلى العرف الجارى كما تقضى المادة ٦٦٠ مدنى سالفه الذكر . والمتصود بالعرف الجارى هو عرف المهندسين الممارين . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف قد جرى فى مصر على أن يعطى المهندس ٢٪ من قيمة الأعمال لوضع التصميم وعمل المقايسة ، ويعطى ٣٪ من قيمة الأعمال للإشراف على التنفيذ وإدارة الأعمال^(١) . على أن نقابة المهن الهندسية ، فى شعبتها للهندسة المعمارية ، قد سنت لائحة لأتعاب المهندس الممارى . وقد قسمت اللائحة (م ١٢) الأعمال إلى أربع فئات تبعاً لأهميتها ، وحددت لكل فئة أتعاباً ، عن وضع المشروعات الابتدائية والتهائية وعمل المقايسات والعقود والعطاءات والإشراف على التنفيذ ، تقدر بنسبة معينة من تكاليف البناء بحيث تنقص هذه النسبة كلما زادت التكاليف . وتتراوح نسبة الأتعاب بالنسبة إلى الفئة الأولى بين ٤٪ و ٩٪ ، وبالنسبة إلى الفئة الثانية بين ٥٪ و ١٠٪ ، وبالنسبة إلى الفئة الثالثة بين ٩٪ و ١٣٪ ، وبالنسبة إلى الفئة الرابعة بين ١١٪ و ١٦٪ . فإذا أحال المتعاقدان صراحة على هذه اللائحة ، سرت باعتبارها اتفاقاً تم بين رب العمل والمقاول . وغنى عن البيان أن للمتعاقدين أن يتفقا على نسب أقل أو أكثر مما ورد فى اللائحة . وإذا سكوت المتعاقدان عن تحديد مقدار الأجر ، جاز للقاضى أن يرجع إلى هذه اللائحة للاستئناس بها فى تبين العرف الجارى الذى يسير عليه المهندسون المماريون فى تقدير أتعابهم^(٢) .

(١) استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣١٠ - ومع ذلك قارن استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١١٧ (ويقضى الحكم بأنه لا يوجد فى مصر عرف لتحديد أجر المهندس ، فيترك الأمر لتقدير القاضى ، ويسترشد بقيمة الأعمال التى تمت وبمقدار الوقت الذى استغرقته هذه الأعمال) .

(٢) انظر محمد ليلى شنب فقرة ٥٦ ص ٧٠ هامش ١ - وانظر فى أتعاب المهندسين -

١٠٩ - جواز تخفيض أجر المهندس : وسواء قدر أجر المهندس بموجب اتفاق أو قدر بموجب العرف الحارى ، فالأصل أن هذا الأجر لا يجوز تخفيضه بعد تقديره ، وفى هذا يختلف أجر المهندس عن أجر الوكيل كما سبق القول . غير أن الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٠ مدنى نصت فى حالة معينة على تخفيض أجر المهندس ، إذ تقول كما رأينا : « غير أنه إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذى وضعه المهندس ، وجب تقدير الأجر بحسب الزمن الذى استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة هذا العمل » . وهنا يتبين أننا أمام أحد الاستثناءات الثلاثة التى يجوز فيها تعديل الأجر المتفق عليه ، وهى الاستثناءات التى سبق ذكرها فيما تقدم^(١) .

وقد كانت القواعد العامة تنضى بأن المهندس الذى يضع تصميماً متفقاً عليه بينه وبين رب العمل يكون له الحق فى الأجر المتفق عليه إذا كان هناك اتفاق على مقدار الأجر ، أو فى الأجر المقدّر بحسب العرف الحارى إذا لم يكن هناك اتفاق ، وذلك سواء تم العمل بموجب التصميم الذى وضعه المهندس ، أو عدل رب العمل عن هذا التصميم إلى تصميم آخر ، أو عدل أصلاً عن

= المارى فى فرنسا : بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٧٩ - فقرة ٣٩٩٧ (الأتباع بحسب التسمية القديمة) - أنيكلويدى دالوز ١ لفظ architecte فقرة ٧٠ - فقرة ٨٩ (الأتباع بحسب التعريفات المتعاقبة) و فقرة ٩٤ (فيما يتعلق بواجب المهندس الممارى فى فرنسا فى التأمين على مسئولية) .

وانظر فى تنظيم مهنة المهندس الممارى فى فرنسا قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المعدل بقوانين ٢١ سبتمبر سنة ١٩٤١ و ٣ فبراير سنة ١٩٤٢ و ٢٥ مارس سنة ١٩٤٣ و أول أبريل سنة ١٩٤٤ و ٣٠ أغسطس سنة ١٩٤٧ . وانظر ذكريتو ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٤١ الكل بذكريتو ٣١ مايو سنة ١٩٤٣ .

ولا يجوز لمهندس فى فرنسا أن يحصل من الما قول على أية منفعة نقدية كانت أو عينية (قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٣ الفقرة الثانية و ذكريتو ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٤١ م ١٩ - أنيكلويدى دالوز ١ لفظ architecte فقرة ٦١) . وانظر أيضاً فى هذا المعنى فى مصر المادة الثانية من لائحة الأتباع التى وضعتها شعبة الهندسة الممارية بتقابة المهن الهندسية (فيما يل فقرة ١١٠ فى الما ش) .

والقاضى ، عندما يقدر الأجر سيث لا يوجد اتفاق على مقداره ، بيت فى مسألة موضوعية ، فلا رقابة عليه من محكمة النقض (نقض قرنى ٤ مارس سنة ١٩٥٨ دالوز ١٩٥٨ - ٤٩٥ - بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٨٤ - محمد ليب شنب فقرة ٥٦ ص ٧١) .

(١) انظر أيضاً فقرة ٩٣ .

العمل . ولا يستثنى من ذلك إلا صورة ما إذا كان رب العمل قد عدل عن التصميم بسبب عيب فيه ، أو بسبب عدم انطباقه على التعليمات التي صدرت من رب العمل ، أو بسبب تأخر المهندس في وضعه ، ويوجه عام إذا كان السبب في العلول يرجع إلى خطأ من المهندس . أما إذا كان العلول لا يرجع إلى خطأ المهندس ، فإن هذا يستحق أجره كاملاً إذ قد أنجز العمل الذي كلف به . وهذا هو ما جرى عليه الفقه والقضاء في فرنسا^(١) .

ولكن الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٠ مدني تقضي كما رأينا بغير ذلك . فهي لا تجعل للمهندس حقاً في أجره كاملاً إذا لم يتم العمل بموجب التصميم الذي وضعه بغير خطأ منه . بل تجعل تقدير أجر المهندس في هذه الحالة بحسب مقدار الزمن الذي استغرقه المهندس في وضع التصميم مع مراعاة كفاية المهندس وسمعته في تقدير أجره بحسب الزمن ، وبحسب طبيعة التصميم من حيث الدقة والصعوبة الفنية . ويغلب أن يكون تقدير الأجر على هذا النحو من شأنه أن يجعل الأجر أقل من الأجر المتفق عليه أو من الأجر المقرر بحسب العرف الجاري^(٢) . ويعلل ذلك بأن رب العمل لم يفد شيئاً من التصميم ، وقد عوض المهندس عن عمله تعويضاً كاملاً ، وإن كان هذا التعويض أقل من الأجر المستحق له^(٣) .

(١) جيواز ٢ فقرة ٨٢٦ - بودي وقال ٢ فقرة ٣٩٨٦ - أوبري ورو وإسبان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٩ - نقض فرنسي ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٥ سيري ١٠٩٥ - ١ - ٢٥٩ - مجلس الدولة الفرنسي ٢٤ مارس سنة ١٩٢٨ جازيت دي پاليه ١٩٢٨ - ٢ - ١٤١ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ مجلة أحكام مجلس الدولة ١٩٣٨ - ٥٨ - ٦ يولييه سنة ١٩٣٨ مجلة أحكام مجلس الدولة ١٩٣٨ - ٦٤٣ - ديجون ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٤ سيري ١٩٣٥ - ٢ - ٥٥ - السين ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ جازيت دي پاليه ١٩٣٦ - ١ - ١٢٥ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف قد جرى بإعطاء المهندس الذي لم ينقل تصميمه حسي (٣/٥) الأتماب التي كان يأخذها لو أن تصميمه قد نفذ (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٣٥) .

(٣) هذا إلى أن المهندس الذي لم ينقل تصميمه لم يتعرض للمسئولية التي كان يتعرض لها لو أن التصميم قد نفذ ، ومن ثم وجب عدلاً أن ينقص الأجر الذي يتقاضاه في حالة عدم تنفيذ التصميم عن الأجر الذي يتقاضاه في حالة تنفيذ التصميم (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٩٩) .

ويجب ، ليكون التصميم كاملاً ، أن يكون مصحوباً بمقايضة مفصلة عن تكاليف الأعمال وجميع الشروط المتعلقة بطبيعة كل عمل ، وإلا كان التصميم ناقصاً ويراعى ذلك عند تقدير الأجر (استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١١٧) . ولكن يقلد على كل حال أجره

وغنى عن البيان أنه إذا لم يتم العمل بموجب التصميم بسبب خطأ المهندس ،
كأن كان التصميم معيباً أو غير منطبق على تعليمات رب العمل أو تأخر المهندس
في تقديمه تأخراً لا مبرر له وضاراً برب العمل ، فإن المهندس لا يستحق أجره ،
حتى هذا التعويض الذى نصت عليه المادة ٣/٦٦٠ مدنى فيما قدمنا^(١).

المطلب الثانى

طرفا الدفع وزمانه ومكانه وضماناته

١٨ - طرفا الدفع

١١٠ - المبرر بالأجر : المدين بأجر المقاول هو رب العمل بالذات
الذى تعاقد معه ، حتى لو انتفع بالعمل شخص آخر . مثل ذلك أن يكون
رب العمل الذى تعاقد مع المقاول يملك الأرض التى أقيم عليها البناء تحت شرط
فاسخ ، ثم تحقق الشرط فألت الأرض إلى المالك تحت شرط واقف ، ففى
هذه الحالة يرجع المقاول بأجره على المالك الذى تعاقد معه وهو المالك تحت
شرط فاسخ ، ولا يرجع مباشرة على المالك تحت شرط واقف الذى آلت
إليه ملكية الأرض وإنما يرجع بدعوى غير مباشرة باسم الأول على الثانى.

== التصميم ولو كان ناقصاً غير معسوب بالمقايضة (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٣٢
م ٤٤ ص ١٦٣ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٢ - ٤ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨
ص ٣٠١ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٥) . وإذا وضع المهندس التصميم
والمقايضة ، ثم عدل رب العمل عن فكرته الأولى ما امتنع وضع تصميم ومقايضة جديدين ،
استحق المهندس أنساباً عن التصميم والمقايضة الأولين (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦
م ٣٨ ص ٣٧٩) .

(١) ولا يجوز تخفيض أجر المهندس عن وضع التصميم متى تم العمل بموجب هذا التصميم ،
حتى لو هلك العمل قبل تسليمه لرب العمل ، فإن الذى هلك ليس هو عمل المهندس وهو التصميم ،
بل العمل الذى قام به المقاول . فإذا هلك التصميم قبل تسليمه لرب العمل ، هلك على المهندس
كما تقتضى القواعد العامة (م ٦٦٥ مدنى وانظر آتياً فقرة ٥٣) . وانظر فى هذه المسألة أوبرى
درو وإيجان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٩ .

ولا تعتبر القاعدة التى تقتضى تخفيض أجر المهندس إذا لم يتم العمل بموجب التصميم من
انتظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يتألفها ومن ثم يجوز للمهندس أن يشترط على رب العمل
أن يتقاضى أجره كاملاً ، سواء تم العمل بموجب التصميم أو لم يتم بموجبه .

ومثل ذلك أيضاً أن يكون رب العمل الذى تعاقد مع المقاول هو زوج لصاحبة الأرض ، فيرجع المقاول بأجره على الزوج لا على الزوجة ، ويرجع بدعوى غير مباشرة باسم الزوج على الزوجة . ومثل ذلك أخيراً أن يكون رب العمل الذى تعاقد مع المقاول هو المستأجر وقد استرد المؤجر العين المؤجرة بما عليها من بناء أقامه المستأجر ، فيرجع المقاول بأجره على المستأجر ، ويرجع بدعوى غير مباشرة باسم المستأجر على المؤجر^(١) .

وإذا كان المهندس المعارى هو الذى تعاقد مع رب العمل عن كل الأعمال بما فيها أعمال التنفيذ ، فعلم مهندساً ومقاولاً في وقت واحد ، ثم استخدم مقاولاً لتنفيذ العمل ، فهنا المقاول يرجع بأجره على المهندس الذى تعاقد معه لا على رب العمل . وإنما يرجع على رب العمل بدعوى غير مباشرة باسم المهندس ، مع الاحتفاظ بحقه في الرجوع مباشرة على رب العمل على أساس أنه مقاول من الباطن يرجع مباشرة على رب العمل بما لا يجاوز القدر الذى يكون هذا مديناً به للمهندس طبقاً لأحكام المادة ٦٦٢ مدنى . وعلى العكس من ذلك إذا كان المقاول هو الذى تعاقد مع رب العمل واستخدم مهندساً ، فالمهندس يرجع بأجره على المقاول لا على رب العمل ، مع الاحتفاظ بحقه في الدعوى غير المباشرة باسم المقاول وفي الدعوى المباشرة قبل رب العمل . أما إذا كان كل من المهندس والمقاول تعاقد مع رب العمل ، فلكل منهما أن يرجع بأجره على هذا الأخير ، حتى لو كان المهندس هو الذى اختار المقاول أو كان المقاول هو الذى اختار المهندس^(٢) .

(١) انظر في كل ذلك بودى وقال ٢ بقرة ٤٠١٩ . -

(٢) انظر في هذه المسألة بودى وقال ٢ بقرة ٤٠٢٠ - السين ١٦ يولييه سنة ١٩٠٣ Le Droi ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٠٣ .

وإذا كان المهندس يشرف على المقاول في تنفيذ الأعمال ، لم يحز أن يتقاضى منه أى أجر . وإذا تمه المقاول بإسقاطه أجره أو نسبة معينة من قيمة المقاولة ، كان هذا التصرف باطلاً ، لأنه يتعارض مع واجب المهندس في الإشراف على المقاول بدقة وأمانة . وقد نصت المادة الثالثة من لائحة الأتماب التي وضعتها شعبة الهندسة المعمارية بقاية المهن الهندسية على أنه يجب على المهندس المعارى عند تنفيذ تفويضه أن يحصى حقوق المالك الشرعية ، على أن يكون مستقلاً تماماً عن الموردين والمقاولين ، ولا يتقبل منهم أى هوية أو امتيازات من أى نوع ، بل تكون أتمابه من المالك وحده (انظر محله ليب بقرة ١٣٢ ص ١٥٧ وهاش ٣ - وانظر في القانون الفرنسي المادة ٢/٣ من قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤١ وم ١٩ من دكرتير ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٤١ -)

وإذا تعدد أرباب العمل ، لم يكونوا متضامنين في الالتزام بالأجر إلا إذا وجد اتفاق على التضامن ، وينقسم الأجر بينهم بنسبة حصصهم في العمل ، فإن لم تتعين حصة كل منهم انقسم الأجر بينهم بالتساوي^(١) .
وإذا مات رب العمل ، قام مقامه ورثته في الالتزام بالأجر في حدود الشركة ، ذلك لأن المقاول لا تنتهي بموت رب العمل .

والذي يدفع الأجر هو المدين به أى رب العمل . وقد يدفعه نائبه ، كولى أو وصى أو قيم أو وكيل . ولكن لأبد من وكالة خاصة في دفع الأجر ، إذ دفع للأجر من أعمال التصرفات لا من أعمال الإدارة (م ٧٠٢ مدني)^(٢) .

١١١ — المدين بالأجر : الدائن بالأجر هو المقاول الذي تعاقد مع رب العمل . ويحل محله ورثته ، إذ المقاول لا تنتهي بموت المقاول إلا إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد (م ٦٦٦ مدني) . ويحل محله كذلك الخلف الخاص ، كما إذا نزل عن المقاول أو عن الأجرة لآخر فالحال له يكون خلفاً خاصاً ويكون دائئاً بالأجر^(٣) . ولدائى المقاول أن يستعملوا حق مدينهم في الرجوع بدعوى غير مباشرة على رب العمل بأجر المقاول^(٤) .

ويحل محل المقاول كذلك في الدائنية بالأجر المقاول من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل ، فقد نصت الفقرة الأولى من

— أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ architecte فقرة ٦١ — السين (٢) يولييه سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٢ — ٤٨٦ — وانظر أيضاً فقرة ١٠٨ في الهامش) .

(١) بودرى وقال ٢ فقرة ١٠٩ — أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ٧٦ — محمد ليب شلب فقرة ١٣٢ ص ١٥٧ — باريس ٣٠ يناير سنة ١٨٩٣ جازيت ص ٩٣ — ٩٤ — ٤٧ .

(٢) وكان القضاء الفرنسى يجرى على أن المهتمس المearى وكيل بحكم محله من رب العمل ، في تسوية حساب المقاول ودفع أجره (نقض فرنسى ٥ مارس سنة ١٨٧٢ سيرييه ٧٢ — ١ — ١٠٥ — أمان ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٤ سيرييه ١٩٢٥ — ٢ — ٧١) . ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت أخيراً بأن المهتمس لا صلة له في دفع الأجر ، إلا إذا كانت لديه وكالة خاصة من رب العمل في ذلك (نقض فرنسى ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧ — ١ — ٧٧ — ٩ يناير سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٣١ — ١ — ١٠٤) . وأيد هذا المبدأ المادة ٤ من الذكرى الفرنسى الصادر في ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٤١ (انظر بلاتيونك وريجبيرو ورواست ١٠١ فقرة ٩٣٢ ص ١٧٢) .

(٣) انظر ما قبل فقرة ١١٧ .

(٤) هيك ١٠ فقرة ٤١ — بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٢١ .

المادة ٦٦٢ مدنى على أن « يكون للمقاولين من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى . ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل ». وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلاً فيما يلي عند الكلام في المناقولة من الباطن^(١) .

وإذا تعدد المقاولون ، لم يكونوا دائنين متضامنين بأجورهم ، بل ينفرد كل منهم بأجره الخاص به ولا شأن له بأجور المقاولين الآخرين ، ما لم يوجد اتفاق مع رب العمل على غير ذلك . وهذا هو الحكم أيضاً في تعدد الوكلاء فلمهم ، إذا لم يكن هناك اتفاق خاص على التضامن ، لا يكونون متضامنين فيما لم من أجور في ذمة الموكل ، إذ لا يوجد نص قانونى يقضى بهذا التضامن كما وجد نص قانونى (م ١/٧٠٧ مدنى) يقضى بتضامن الوكلاء في المسؤولية نحو الموكل .

§ ٢ - زمان الدفع ومكانه

١١٢ - زمان الدفع - نص قانونى : تنص المادة ٦٥٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل ، إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك »^(٢) .

(١) انظر مايل فقرة ١٣٠ وما بعدها .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٨٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يستحق دفع الثمن عند التسليم ، إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك ، ويرأى في ذلك حكم الفقرة الثانية من المادة ٨٧٢ » . وكانت الفقرة الثانية من المادة ٨٧٢ من المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : « على أنه يجوز لرب العمل أن يمتنع من تسلمه إذا كان المقاول قد خالف ما ورد في العقد من شروط أو ما تقتضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل » ، وقد حلت هذه الفقرة في لجنة المراجعة اكتفاء بالأحكام العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٣ - ص ٣٤) - وفي لجنة المراجعة عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٨٥ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٥ - ص ٣٦) . ولا مقابل للنص في التقنين المدنى القديم ، ولكنه لا يخرج من القواعد العامة وما تقتضى به طبيعة هذه المناقولة من أن يكون دفع الأجر عند تسلم العمل .

فدفع الأجر إذن يكون في الموعد المحدد في الاتفاق ، إذا كان هناك اتفاق على ذلك . ويطلب أن يكون في عقد المقاولة اتفاق على مواعيد دفع الأجر ، وكثيراً ما يتفق على أن يدفع رب العمل جزءاً من الأجر مقدماً قبل البدء في العمل^(١) ، ثم يدفع باقي الأجر على أقساط يؤدي كل قسط منها عقب إتمام جزء معين من العمل أو عقب انقضاء فترة معينة من الوقت . وقد ورد في تقنين الموجبات والعقود اللبناني نص صريح في هذا المعنى ، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٦٧٣ من هذا التقنين على ما يأتي : « وإذا كانت الأجرة معينة أجزء على شرط أن يدفع الجزء منها كلياً انقضى شرط من الزمن أو تم قسم من العمل ، فإن الدفع يستحق عند انقضاء كل شرط أو إتمام كل قسم^(٢) .

إذا لم يوجد اتفاق على ميعاد معين أو مواعيد معينة ، وكان هناك عرف للصناعة يحدد مواعيد دفع الأجر ، وجب اتباع ما يقضى به العرف . وأكثر ما يجري به العرف في المقاولات الصغيرة أن يكون دفع الأجر عند تسليم العمل ، وفي المقاولات الكبيرة أن يكون الدفع على أقساط بحسب ما يتم إنجازها من العمل^(٣) .

— ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٢٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٥٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٧٦ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦٧٣ : إن السيد أو المولى يلزمه أن يدفع الأجر أو البدل وفقاً لشروط العقد أو لعرف المهنة . وإذا لم يكن هناك اتفاق ولا عرف ، فلا يستحق أداء البدل إلا بعد القيام بالعمل أو إتمامه .

م ٦٧٣ : لا تستحق الأجرة إلا بعد إتمام المشأ أو العمل . وإذا كانت الأجرة معينة أجزء على شرط أن يدفع الجزء منها كلياً انقضى شرط من الزمن أو تم قسم من العمل ، فإن الدفع يستحق عند انقضاء كل شرط أو إتمام كل قسم . (وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(١) بلائيول وديريير ورواست ١١ فقرة ٩٣٢ ص ١٧١ .

(٢) انظر أيضاً نفس الفقرة في الهامش .

(٣) وتدفع الأقساط عادة تحت الحساب ، ولا يكون هناك حساب نهائي إلا بعد تمام العمل ، وكل مبالغ من الأقساط في خلال العمل يخص من أصل المبلغ المتفق عليه . وما يق يدفعه رب العمل المتناول . وقد كانت المادة ٥٠٤/٤١٢ من التقنين المدني القديم تنص صراحة على هذا الحكم فتقول : « لا يتقطع حساب المقاولة إلا بعد تمام العمل ، وكل حساب معمول في خلال ... »

وإذا لم يوجد لا اتفاق ولا عرف ، فقد كان الواجب تطبيق القواعد العامة ، وهي تقضي بأنه « يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك » (م ١/٣٤٦ مدني) . فكان يجب أن يكون الوفاء بالأجر بمجرد تمام عقد المقاولة وترتب الالتزام بالأجر نهائياً في ذمة رب العمل ، أي أن يدفع الأجر مقدماً قبل إنجاز العمل . ولكن المادة ١/٣٤٦ مدني تحتفظ كما رأينا فتقول : « ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك » . وقد وجد النص الذي يقضي بغير ذلك في المادة ٦٥٦ مدني سائلة الذكر ، إذ تقول : « يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل » . أي تدفع الأجرة مؤخراً لا مقدماً ، وعند تسلم العمل . وهذا الحكم هو الذي تقضي به طبيعة عقد المقاولة ، فالمقابل يتعهد بموجب هذا العقد بإنجاز عمل معين في مقابل أجر معين ، وبمجرد تمام عقد المقاولة يصبح دائناً بالأجر في مقابل عمل لم ينجزه ، فن الطبيعي ألا يستحق الأجر إلا بعد إنجاز العمل وتقبل رب العمل إياه^(١) .

على أن دفع الأجرة عند تسلم العمل مشروط فيه أن يكون العمل مطابقاً للمواصفات والشروط المتفق عليها وأصول الفن لهذا النوع من العمل . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٦٥٦ مدني سائلة الذكر يشير إلى ذلك إذ يقول : « يستحق دفع الثمن عند التسليم إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك ، ويراعى في ذلك حكم الفقرة الثانية من المادة ٨٧٢ » . وكانت الفقرة الثانية من المادة ٨٧٢ من المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتي : « على أنه يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المقابل قد خالف ماورد في العقد من شروط أو ما تقضي به أصول الفن لهذا النوع من العمل » . وقد حذفت

= الأشخاص يحتر مؤثماً ، وكل مادفع في خلال هذه الأوقات ينضم من أصل مبلغ المقاولة إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك » . ولم ينقل التفتين المدني الجديد هذا النص ، ولكن ورد في المشروع التمهيدى نص يقابله هو المادة ٨٩٤ من هذا المشروع (انظر آتفاً فقرة ٨٤ في الهامش) ، والنص على كل حال ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة فيمكن العمل به استناداً إلى هذه القواعد .

(١) هيك ١٠ فقرة ٤١٨ - جيوار ٢ فقرة ٨٢١ - بودري وقال ٢ فقرة ٤٠١٨ - بلانويو وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٢ ص ١٧١ . وهذا هو أيضاً ما قرره في مبادئ دفع الأجرة في عقد الإنجاز ، إذا لم يوجد اتفاق أو عرف ، فتدفع الأجرة مؤخراً لا مقدماً ، إذ الأجرة تقابل المنفعة فلا تستحق إلا باستيفائها (الوسيط ٦ فقرة ٣٤٣ ص ٤٧٠ - ص ٤٧١) .

هذه الإشارة في لجنة المراجعة ، إذ هي ليست إلا تقرير للقواعد العامة^(١) .
 ويخلص من ذلك أن لرب العمل حبس الأجر ، فلا يدفعه لا في الميعاد المتفق عليه ولا في الميعاد الذي يقضى به العرف ولا عند تسليم العمل ، وإذا وجد أن العمل غير مطابق للمواصفات المشترطة أو غير متفق مع ما تقضى به أصول الصناعة . ويبقى الأجر تحت يده محبوساً حتى يصلح المقاول العيوب التي شابت العمل^(٢) . وهذا ما تقضى به القواعد العامة ، إذ دفع الأجر التزام في ذمة رب العمل يقابله التزام المقاول بإنجاز العمل على الوجه الواجب ، فإذا لم يتم المقاول بتنفيذ التزامه بإنجاز العمل على الوجه الواجب جاز لرب العمل أن يقف هو أيضاً لتنفيذ التزامه بدفع الأجر . وهذا هو الدفع بعلم تنفيذ العقد (م ١٦١ مدني) . ويترتب على ذلك من باب أولى أنه إذا تأخر المقاول في تسليم العمل ، جاز لرب العمل أن يمتنع عن دفع الأجر ولو كان الميعاد المتفق عليه للدفع قد حل . وإذا كان الأجر يدفع على أقساط ، كل قسط عقب إتمام جزء معين من العمل ، وتأخر المقاول في إتمام هذا الجزء عن الميعاد المتفق عليه ، جاز لرب العمل أن يمتنع عن دفع القسط من الأجر المقابل للجزء الذي لم يتم^(٣) .

ويبقى الأجر في ذمة رب العمل واجباً دفعه في الميعاد على النحو الذي فصلناه فيما تقدم . وإذا تأخر رب العمل في الدفع ، بقي الأجر في ذمته قائماً حتى يسقط بالتقادم . وقد نص القانون ، في خصوص بعض المقاولين ، على مدة تقادم خاصة ، فنصت المادة ٣٧٦ مدني على أنه تقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء وكلاء التقلية والسياسة والأساتذة والمعلمين ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لم جزاء

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية • ص ٣٣ - ص ٣٦ - وانظر ألفا نفس الفترة في الحاشية .

(٢) بودري وقال ٢ فقرة ٤٠١٨ .

(٣) محمد ليبب شنب فقرة ١٣٠ - انظر في حبس رب العمل للأجر حتى يتسلم العمل مطابقاً لشروط والمواصفات وأصول الصناعة ، وأن صورة عملية لهذا الحبس هي أن يترك رب العمل الشيء لصانع دون أن يدفع له الأجر (laissé pour compte) : بلانويول وروبير دور - ١١ فقرة ٩٣٣ ص ١٧٣ - ص ١٧٤ - نقض فرنسي ٣ يولييه سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١١٠ - ١ .

عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبلوه من مصروفات . ونصت المادة ٣٧٨ مدني على أن « يتقدم بسة واحدة الحقوق الآتية : (١) . وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم .. » . وفيمن علدا من ورد فيهم نص خاص من الماقلين ، لا يسقط أجر الماقل بالتقدم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت استحقاق الأجر ، وذلك طبقاً للقواعد العامة^(١) .

١١٣ - **مطلبه الرفع** : لا يوجد نص خاص يعين المكان الذي يجب فيه دفع الأجر ، فلم يبق إلا تطبيق القواعد العامة . وهذه تقضي بأن يكون الدفع في المكان المتفق عليه ، فإن لم يوجد اتفاق كان الدفع في المكان الذي يقضى به العرف . وأكثر ما يقضى به العرف أن يكون الدفع في المكان الذي يتم فيه تسليم العمل ، فيسلم الماقل العمل ويتقاضى الأجر في مكان واحد . وقد سجلت تقنين المرجبات والعقود اللباني القاعدة العامة أن يكون مكان تسليم العمل هو المكان الذي يدفع فيه الأجر ، فنصت المادة ٦٧٦ من هذا التقنين على أنه « يجب الدفع في المكان الذي يجب فيه تسليم المصنوع » .

فإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف ، وجب تطبيق المادة ٣٤٧ مدني ، وهي تنص على أنه « إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، وجب تسليمه في

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٤ - نقض فرنسي ٤ يولييه سنة ١٨٨٩ دالوز ٨٩ - ١ - ٣٤٤ - ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٦ - ١ - ١٢٢ - وتقضي المادة ٢٢٧١ مدني بتقدم حقوق العمال والخدم (ouvriers et gens de travail) فأجورهم اليومية ومرتباتهم وثمان ما قاموا به من توريدات بسة أشهر . أما في مصر فتقدم بسة واحدة « حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية وثمان ما قاموا به من توريدات » (م ١/٣٧٨ مدني) . ويجري انقضاء الفرنسي على التمييز في الماقلين بين مقلول صغير يعمل بنفسه أو بمساعدة بعض العمال كصغار الصنائع وأرباب الحرف (artisans) من تجار وحداد وسباك الخ وهذا يكون في حكم العامل ويتقدم حقه في الأجر بسة أشهر ، وبين مقلول كبير ترتفع به مكانته الاجتماعية من طبقة العمال (entrepreneur patron) وهذا لا يتقدم أجراً إلا بلانيول سنة (نقض فرنسي ١٢ يولييه سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٦ - ١ - ٣٠٨ - ٧ يولييه سنة ١٨٨٧ دالوز ٨٧ - ١ - ٣٣٣ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ١٩٠١ - ١ - ١١١ - ٣ يولييه سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١ - ١١٠ - ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ - ١١٧ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٢٤ (ومع ذلك فارن فقرة ٣٠٠ - أنسيكلوبيدي ٣ لفظ Lounged'ouv. et d'ind. فقرة ٩١) .

المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . أما فى الالتزامات الأخرى ، فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ؛ أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال . فإذا كان الأجر شيئاً معيناً بالذات - وهذا نادر - فالوفاء يكون فى مكان وجود هذا الشيء وقت إبرام المقاولة . أما إذا كان الأجر من المثليات ويكون غالباً من النقود ، فالوفاء يكون فى موطن رب العمل أو فى مركز أعماله إذا كانت المقاولة متعلقة بهذه الأعمال^(١) . وإذا كان مكان دفع الأجر هو موطن رب العمل ، وغير هذا موطنه بعد إبرام عقد المقاولة ، فكان الدفع هو موطنه وقت دفع الأجر لا الموطن السابق الذى كان له وقت إنقضاء المقاولة ، إذ نص المادة ٢/٣٤٧ مدنى صريح فى أن يكون الوفاء فى موطن المدين وقت الوفاء . وإذا اتفق على أن يكون الدفع فى موطن المقاول عمل بهذا الاتفاق ، وإذا غير المقاول موطنه لم يلتزم رب العمل بدفع الأجر فى الموطن الجديد خلافاً للمسألة السابقة . وذلك لأن اشتراط الدفع فى موطن المقاول استثناء من القواعد العامة والاستثناء لا يتوسع ، وإذا أراد المتعاقدان أن يكون الدفع فى موطن المقاول ولو تغير فعلهما أن ينصا على ذلك^(٢) .

وإذا تعين مكان دفع الأجر على النحو المتقدم الذكر ، لم يجوز لرب العمل الدفع فى مكان آخر إلا إذا اقتضى الأمر ذلك ، كأن حجز مثلاً دائن للمقاول على الأجر تحت يد رب العمل فيجوز لهذا الأخير فى هذه الحالة أن يودع الأجر خزنة المحكمة .

٣٤ - ضمانات الدفع

١١٤ - تطبيق القواعد العامة : وإذا لم يدفع رب العمل الأجر ، أو تأخر فى الدفع ، أو لم يدفع فى المكان الواجب الدفع فيه ، أو أدخل بأى التزام من التزاماته المتعلقة بدفع الأجر على النحو الذى بسطناه فيما تقدم ، فالمقاول أن يطالب بما تقتضى به القواعد العامة من جزاء .

(١) محمد لبيب شنب فقرة ١٣١ .

(٢) انظر فى هذه المسألة فيما يتعلق بمكان دفع الأجرة فى عقد الإيجار : الوسيط ٦ فقرة .

فله أولاً أن يطلب التنفيذ العيني ، فيستصدر حكماً على رب العمل بالأجر المستحق ، وينفذ هذا الحكم على جميع أموال رب العمل ويدخل فيها العمل الذى أنجزه من بناء أو منشآت أو غير ذلك . وله أن يطلب فوق ذلك تعويضاً عن جميع ما أصابه من ضرر من جراء إخلال رب العمل بالتزامه . وله أن يتقاضى فوائد عن الأجر بالسعر القانونى منذ المطالبة القضائية بهذه الفوائد وفقاً للقواعد العامة ، وقد تقدم بيان ذلك^(١) . وللمقاول وهو يقوم بالتنفيذ العيني على أموال رب العمل ، أن يستعمل حقه فى الامتياز حيث يقرر له القانون حقاً فى ذلك على النحو الذى سنتبينه فيما يلى^(٢) .

وللمقاول ، بدلا من طلب التنفيذ العيني ، أن يطلب فسخ عقد المقاولة . والقاضى يقدر هذا الطلب . فلما أن يجيبه إليه إذا وجد مبرراً لذلك فيقضى بالفسخ وبالتعويض إذا كان له مقتضى ، كأن يكون المقاول قد أنفق مصروفات على إنجاز العمل فيرجع بها على رب العمل كما يرجع بجميع ما تكبده من خسارة وما فاتته من كسب بسبب ضياع الصفقة عليه ، وذلك كله طبقاً للقواعد العامة . وإما أن يرى القاضى ألا مبرر لإجابة المقاول إلى طلب الفسخ ، كأن يكون الأجر الباقى دفعه مبلغاً غير كبير أو يكون التعويض الذى يقضى به على رب العمل فيما إذا حكم بالفسخ مبلغاً جسيماً لا تبرره الظروف ، وفى هذه الحالة لا يحكم القاضى بالفسخ ، وله أن يمهّل رب العمل حتى يقوم بوفاء التزامه كاملاً من دفع الأجر ، وهذا كله طبقاً للقواعد العامة (م ١٥٧ مـ) .

١١٥ - المحو فى محبس العمل لاستيفاء الأجر : رأينا فيما تقدم^(٣) أن لرب العمل أن يحبس الأجر حتى يسلم المقاول العمل مطابقاً للمواصفات المشترطة ولأصول الفن . والآن نقرر أن للمقاول ، هو أيضاً ، أن يحبس العمل حتى يستوفى أجره . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٩٠٢ من هذا المشروع تنص على أنه « إذا كان العمل متعلقاً بمنقول ، ولم يحدد أجل لدفع الأجر ، جاز للمقاول أن يحبس هذا المنقول وغيره من الأشياء التى يكون رب العمل

(١) انظر آتياً فقرة ٩١ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ١١٦ .

(٣) انظر آتياً فقرة ١١٢ .

قد سلمها إليه لإجراء العمل ، وذلك إلى أن يستوفى أجره . وجاء في المذكرة الإيضاحية المشروع التهديد في خصوص هذا النص أنه مقتبس من تقنيات مختلفة منها التقنين المدني الألماني ، ويقرر هذا التقنين (م ٦٤٨) الحق للمقاول في أعمال البناء في أن يطلب رهناً على العقار الذي بناه ضماناً لاستيفاء ما له من حقوق قبل رب العمل . ويقضى عن ذلك في مصر ما للمقاول من حق امتياز على البناء (م ١١٤٨ مدني) . وقد حذف النص في لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة في حق الحبس »^(١) .

والقواعد العامة في حق الحبس مقررة في المادة ١/٢٤٦ مدني ، وتنص على ما يأتي : « لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومربط به ، أو مادام الدائن لم يتم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا » . وقد طبق هذا الحق في الحبس تطبيقاً خاصاً في صورة دفع بعدم تنفيذ العقد في العقود الملزمة للجانبين ، فنصت المادة ١٦١ مدني على أنه « في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتضاربة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يتمتع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به »^(٢) .

ويخلص من هذه النصوص أن للمقاول أن يحبس ما تحت يده من العمل حتى يستوفى ما هو مستحق له من الأجر . ولا فرق في ذلك بين منقول وعقار ، وقد كانت المادة ٩٠٢ من المشروع التهديدي المحلولة تقتصر على المنقول ، فأصبح لأمور لهذا القيد بعد حذف المادة استغناء عنها بتطبيق القواعد العامة^(٣) . ويحبس المقاول ما تحت يده ، لا المادة التي قلمها فحسب بل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٧ - ص ٤٨ في الحاشي .

(٢) وليس في التقنين المدني الفرنسي فصوص تقابل هذه النصوص ، ومع ذلك فالفقه والقضاء في فرنسا يقران للمقاول حق الحبس ، بناء على مبدأ النفع بعدم تنفيذ العقد ، وهذا الحق حبس المقاول للمادة التي ورد بها من عنده باعتباره مالكاً لها ، وعملاً بالمادة ٤٨ من الباب الأول من تقنين العمل التي تمنح للعامل الصانع حق الحبس بشروط معينة (انظر في هذه المسألة بلانويول وديير ورواست ١١ بقرة ٩٣٣ - بودري وفال ٢ بقرة ٤٠٢٢ - بقرة ٤٠٢٣ - أوبريه ورو وإسان ٥ بقرة ٣٧٤ ص ٤٠٥) .

(٣) استئناف مخطط ٢٥ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨٩ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م

المادة التي قدمها رب العمل نفسه والأدوات والمهمات التي تسلمها منه :
فهذه كلها واجب تسليمها لرب العمل فيقف تنفيذ التزامه بالتسليم إلى أن
يستون أجره^(١). وتنص المادة ٦٧٧ من قانون الميرجيات والقواعد اللبنانية
في هذا المعنى على أنه « يحق للصانع أن يحبس المنشأ وسائر الأشياء التي استلمها
من صاحب الأمر للقيام بالعمل ، إلى أن يدفع له البدل أو الأجر وما يكون
قد أسلفه عند الاقتضاء ، ما لم يكن العقد يقضى بالدفع في أجل معين . وفي
هذه الحالة يكون الصانع مسئولاً عن الشيء الذي يحبسه وفقاً للقواعد المختصة
بالميرجيات »^(٢).

وتسرى في حق الحبس المقرر للمقاول حتى يستوفى أجره القواعد العامة
المقررة في الحق في الحبس^(٣). ولما كان حق الحبس غير قابل للتجزئة ،
فإنه يجوز للمقاول أن يحبس كل العمل حتى يستوفى أي جزء باق له من الأجر.
وذلك ما لم يتفق على أن الأجر يدفع أقساطاً بحسب ما يتم إنجازه من العمل ،
فما تم إنجازه ودفع أجره لا يجوز حبسه ، ولا تحبس إلا الأجزاء من العمل
التي تمت ولم يستوف المقاول أجرها^(٤). وإذا سلم المقاول العمل مختاراً ،
انقضى حق حبسه . وينبني على ذلك أن الصانع إذا سلم المصنوع لرب العمل ،
ثم أرجعه رب العمل للصانع لعمل إصلاحات فيه ، جاز للصانع أن يحبسه
في الأجر المستحق لهذه الإصلاحات الأخيرة ، دون الأجر المستحق لتصنع

(١) فالمقاول أن يحبس رخصة البناء ومستندات ملكية الأرض ، والمهندس أن يحبس
ما حصل عليه من رخص باسم رب العمل ، والمحامي أن يحبس المستندات التي سلمها إياه موكله
(بلانويك وديبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٣ ص ١٧٣ - نفقس فرقي ١٠ أغسطس سنة ١٨٧٠
دالوز ٧١ - ١ - ٤٠ - ٢٨ يولييه سنة ١٩٢٤ جازيت دي پاليه ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤)
(٢) وإذا اقتصر عمل المقاول على الحفر والردم في مكان ظل في سيطرة مالكه ، فليس
للمقاول الحق في حبس هذا المكان حتى يستوفى أجره (محمد ليبب شنب فقرة ٨٣ ص ١٠١ -
استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٤) .

ويستط الحق في الحبس إذا قدم رب العمل تأمينا كافيا للوفاء بالأجرة ، ويحج المقاول بحق
في الحبس في مواجهة ورقة رب العمل وخلفه الخاص ودائتيه الماديين والممتازين (استئناف
مختلط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٣ - محمد ليبب شنب فقرة ٨٣ وفقرة ١٤٧) .

(٣) انظر الوسيط ٢ فقرة ٦٦٨ ما بعدها .

(٤) جبرار ٢ فقرة ٧٧٧ - بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٢٢ - بلانويك وديبير ورواست

١١ فقرة ٩٣٣ ص ١٧٣ - أنيسكلويدي دالوز ٢ لفظ d'ind. ١ Louage d'ouv. فقرة ٨٨

الشيء ذاته فقد سقط حقه في الجبس لهذا الأجر بعد أن سلم المصنوع لرب العمل^(١).

١١٦ - **حقوق امتياز - إجازة** : لم يعط القانون للقاول بوجه عام حق امتياز على العمل ضماناً لحقه في الأجر ، ولكنه أعطى هذا الحق للمقاولة في مواضع متفرقة يمكن حصرها فيما يأتي :

أولاً- نصت المادة ١١٤٨ مدني على ما يأتي : ١ - المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعاريين الذين عهد إليهم في تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو في صيانتها ، يكون لها امتياز على هذه المنشآت ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال في قيمة المقار وقت بيعه . ٢ - ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد .

ثانياً- نصت المادة ١١٤٠ مدني على ما يأتي : ١ - المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم ، يكون لها امتياز عليه كله . ٢ - وتستوفي هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة . أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها .

ثالثاً- إذا قدم المقاول المادة من عنده اعتبر بائعاً لها^(٢) ، ويترتب على ذلك أن يكون له حق امتياز بائع المنقول على هذه المادة (م ١١٤٥ مدني) . وليس هنا مجال بحث حقوق الامتياز هذه ، فكان بحثها يكون عند الكلام في التأمينات العينية .

الفرع الثالث

المقاولة من الباطن

١١٧ - **التنازل عن المقاولة** : لم يعرض التقنين المدني للتنازل عن المقاولة كما عرض للمقاولة من الباطن ، وذلك لأن التنازل عن المقاولة أقل

(١) جيوار في حق الجبس فقرة ٢٦ - بودوي وقال ٢ فقرة ٤٠٢٢ ص ١١٤٤ .

(٢) انظر ألفاً فقرة ٦ .

وقوعاً في العمل من المقابلة من الباطن ، وإذا وقعت فيكن في تنظيمها
القواعد العامة .

والتنازل عن المقابلة تتمخذه إحدى صورتين^(١) .

(الصورة الأولى) وهي الأكثر وقوعاً تتحقق بأن يتنازل المفاوض عن
الأجرة لشخص ثالث عن طريق حوالة الحق ، وتجرى في شأنها أحكام حوالة
الحق . فتصبح باتفاق بين المفاوض وهو المحيل والشخص الثالث وهو المحال
له ، ويكنى لسريانها في حق رب العمل لإعلانه بالحوالة (م ٣٠٥ مدني) .
ويلجأ المفاوض عادة إلى حوالة الأجرة إذا احتاج لما يحول به عملية المقابلة ،
فينزل عن حقه في الأجرة وقد يكون ذلك على سبيل الرهن ، للحصول على
إلمال اللازم من أحد المصارف أو من أحد الممولين . وفي هذه الحالة يكون
المحال له هو الدائن بالأجرة في مكان المفاوض^(٢) ، ويجوز لرب العمل أن
يتمسك قبله بجميع الدفوع التي كان يستطيع التمسك بها قبل المفاوض وقت نفاذ
الحوالة في حقه كما يجوز أن يتمسك بالدفوع المستمدة من الحوالة ، وذلك
طبقاً للقواعد العامة المقررة في حوالة الحق (م ٣١٢ مدني) .

(والصورة الثانية) تتحقق بأن يتنازل المفاوض للغير عن جميع عقد المقابلة
عما يشتمل عليه من حقوق والتزامات ، فيحل المفاوض المتنازل له محل المفاوض
المتنازل في عقد المقابلة ، ويصبح هو المفاوض تجاه رب العمل^(٣) . ويجب في
هذه الحالة تطبيق قواعد حوالة الحق فيما يتعلق بنقل حقوق المفاوض الأصلي ،
وقواعد حوالة الدين فيما يتعلق بنقل التزاماته . فيتم التنازل عن المقابلة إذن

(١) وهناك صورة ثالثة نادرة في العمل ، وهي تتحقق بأن رب العمل نفسه هو الذي
يتنازل عن عقد المقابلة ، كأن يبيع مئلا الأرض التي قال حل إقامة بناء فيها ويتنازل في الوقت
ذاته لمشتري الأرض عن عقد المقابلة وما ينشأ عنه من حقوق والتزامات (انظر في هذه الصورة.
بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٧٣ - فقرة ٤٠٧٤) .

(٢) ولا يجوز لموردى المفاوض الرجوع على المتنازل له عن الأجرة بأمان ماوردوه
للمفاوض (استئناف مغلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٤٣) .

(٣) وقد يكون هذا التنازل بمقابل يدفعه المتنازل له للتنازل ، أو بالعكس يدفعه المتنازل
للمتنازل له إذا كان الأول يتوقع الخسارة لو أنه قام بتنفيذ المقابلة بنفسه فيتنازل عن المقابلة
لآخر ويدفع له مبلغاً يحدد به خسارته (انظر في هذا المعنى بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٦٩) .
وإذا لم يشترط دفع مقابل ، كان المتنازل دون مقابل (بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٦٩) .

باتفاق بين المَقاول المتنازل والمَقاول المتنازل له ، ويجب إقرار رب العمل حتى يصبح التنازل سارياً في حقه ، لأن الإعلان وحده لا يكفي إلا في نقل حقوق المَقاول قبله ، أما في نقل التزامات المَقاول نحوه فيجب إقرار رب العمل وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الدين (م ٣١٦ مدني) .

ولذا تم التنازل عن المَقاولَة على هذا الوجه ، أصبح المَقاول المتنازل له هو المدين بجميع التزامات المَقاول نحوه رب العمل ، وهو الدائن بجميع حقوق المَقاول : ويخفى المَقاول المتنازل ، ولا يعود له شأن في المَقاولَة التي انتقلت بجميع ما يترتب عليها من آثار إلى المَقاول المتنازل له . بل إن المَقاول المتنازل لا يكون مسئولاً عن المَقاول المتنازل له ولاضامناً له ، كما يضمن المستأجر الأصل المتنازل له عن الإيجار بموجب نص صريح (م ٥٩٥ مدني) ، لأن هذا النص إذا كان موجوداً في عقد الإيجار فإنه لا يوجد في عقد المَقاولَة .

١١٨ - المَقاولَة من الباطن - الشرط المانع - نص قانوني : تنص المادة ٦٦١ من القانون المدني على ما يأتي :

١ - يجوز للمَقاول أن يكل تنفيذ العمل في جلته أو في جزء منه إلى مَقاول من الباطن ، إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضى الاعتماد على كفايته الشخصية .

٢ - ولكنه يبقى في هذه الحالة مسئولاً عن المَقاول من الباطن قبل رب العمل^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٦٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد فيما عدا أن العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى كانت في المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتي : « إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد ولم تكن طبيعة العمل تقتضى الاعتماد على كفايته الشخصية » . وأقرت لجنة المراجعة النص تحت رقم ٦٩٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨٩ . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت « أو » بالتبديلية بـ « أو » السلف في الفقرة الأولى قبل عبارة « لم تكن طبيعة العمل » لأن ذلك يكشف عن حقيقة المقصود من حكم النص وذلك لأن أحد الشرطين يكفي « أو » تنفيذ ضرورة اجتماع الشرطين . وأصبح رقم المادة ٦٦١ . وأقرها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التمهيدية - ص ٤٩ - ص ٥٦) .

ويقابل النص في التقنين المدني القديم م ١١٣/٥٠٥ : يجوز للمَقاول أن يقاول غيره على عمله كله أو بعضه إذا لم يوجد في عقد المَقاولَة ما يمنعه من ذلك ، ولكنه يبقى مسئولاً عن عمله -

ومخلص من النص المتقدم الذكر أن للمقاول أن يقول من الباطن في كل العمل أو في جزء منه ^(١)، ما لم يوجد شرط يمنعه من ذلك . والشرط إما أن يكون صريحاً أو ضمنياً . فلا يتحتم أن يكون الشرط المانع مذكوراً صراحة في عقد المقاولة ، بل يجوز استخلاصه ضمناً من الظروف نفسها . فإذا كانت طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفاية المقاول الشخصية كما يقول النص ، كان كان العمل محل المقاولة عملاً فنياً لحاً فيه رب العمل إلى مقاول بالذات نظراً لكفائته الفنية ، فإنه يكون هناك شرط مانع ضمناً من أن بكل المقاول العمل أو جزءاً منه إلى مقاول من الباطن ، بل يتحتم أن يقوم به هو شخصياً ؛ فإذا قال شخص رساماً أو طبيباً أو مهندساً ، فإنه يطلب أن يستخلص من الظروف أن رب العمل قد اعتمد على كفاية المقاول الشخصية ، فلا يجوز لهذا الآخر أن يقول من الباطن كان يمهّد بالعمل أو يبعثه إلى رسام آخر أو طبيب آخر أو مهندس آخر يقوم به مكانه ، حتى لو لم يكن منصوباً صراحة في عقد المقاولة على المنع من المقاولة من الباطن ^(٢) . وإذا قام شك في أن هناك شرطاً

١- المقاول الثاني ، (وأحكام التقنين المدني القديم تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٢٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٦٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٨٢ (موافق) .

تقنين الموجبات والمقود البناني م ٦٣٥ : من يلجأ عمله أو خدمته لا يجوز له أن يمهّد في الإجراء إلى شخص آخر إذا كان يستنتج من نوع العمل أو من شئنة المتعاقدين أن من مصلحة المستأجر أن يقوم المؤجر نفسه بالعمل .

م ١/١٣٨ يكون المؤجر مسئولاً عن عمل الشخص الذي يقيم مقامه أو يستلمه أو يوصيه به كما يسأل عن عمل نفسه .

(وأحكام التقنين البناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(١) والمقاول من الباطن يعمل مستقلاً عن المقاول الأصل ، ويختلف في ذلك من العامل

الذي يعمل بتوجيه المقاول الأصل وتحت إشرافه (استئناف مخطوط ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢١٦) .

(٢) أما فيما يتعلق بالخاص فقد نصت المادة ٨٦ مرافعات حل أنه « يجوز للوكيل أن يذهب غيره من الماهين إن لم يكن ممنوعاً من الإجابة صراحة في التوكيل » .

مانعاً ضمناً ، فسر الشك في معنى المنع فيحرم على الما قول الما قولة من الباطن إلا إذا أذن له رب العمل في ذلك^(١) .

والشرط المانع ، سواء كان صريحاً أو ضمناً ، لا يمنع الما قول من أنه يستعين بأشخاص آخرين فنيين أو غير فنيين في إنجاز العمل ، مادام هؤلاء الأشخاص ليسوا مفاولين من الباطن بل كانوا مستخدمين عند الما قول بعقد عمل لا بعقد مفاولة^(٢) .

ويجوز ، إذا وجد الشرط المانع الصريح أو الضمني ، أن يتنازل عنه رب العمل ، فيتدخل منه الما قول ويكون له الحق في الما قولة من الباطن^(٣) . وكما يكون تنازل رب العمل عن الشرط المانع الصريح أو الضمني صريحاً ، كذلك قد يكون ضمناً كأن يتعامل رب العمل مع الما قول من الباطن ويعطيه من الأجر بمقدار ما هو مدين به للما قول الأصلي . وإذا تنازل رب العمل عن الشرط المانع ، لم يجوز له الرجوع بعد ذلك في تنازله ، سواء حصل التنازل قبل مخالفة الما قول للشرط المانع أو بعد مخالفته إياه .

وإذا وجد الشرط المانع ، صريحاً كان ضمناً ، وجب على الما قول مراعاته ،

(١) وهذا الرأي هو الذي تأخذ به المذكرة الإيضاحية لمشروع التهيئة إذ تقول : « على أنه عند قيام الشك يحرم الما قول من حق الما قولة من الباطن ؛ إلا إذا أذن له رب العمل بذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٠) .

وفي فرنسا لا يوجد نص صريح يبيع الما قولة من الباطن إذا لم يوجد شرط مانع ، ولكن الرأي السائد هو الإباحة (بودوى وقال ٢ فقرة ٤٠٥٩ - أوبري ورو وإسان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ - ص ٤٠٥ - بلائيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٩ ص ١٦٨ - وكانت حكمة هي تقاليد القانون الفرنسي القديم : يوتييه في الإيجار فقرة ٤٢٠ - فقرة ٤٢١) . ولكن بعض الفقهاء في فرنسا لا يبيحون الما قولة من الباطن ولا التنازل عن الما قولة (ميك ١٠ فقرة ٤١٧) ، والبعض لا يبيحه إلا إذا كان العمل يمكن تنفيذه بواسطة مفاول آخر ويبنى هذا الإباحة إلا إذا كانت طبيعة العمل تمنع ذلك (جيوار ٢ فقرة ٨١٨ : ولكنه يرى أن إقامة بناء على أساس تصميم معين . عمل لا يمكن تنفيذه بواسطة مفاول آخر) .

(٢) يترس ص ١٥ - محمد ليب شطب فقرة ٦٨٠ ص ٨٨ .

(٣) وكما يكون لرب العمل حق التنازل عن الشرط المانع ، كذلك يكون له وسعه دونه غيره حق التمسك بهذا الشرط (استكشاف مخطوط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤٥) . فلا يجوز للما قول أن يتسلط به ضد الما قول من الباطن (استكشاف مخطوط ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٢) .

والإمكان معرضاً للجزاء الذى تنفرض به القواعد العامة . فيجوز لرب العمل أن يطلب من المفاوض تنفيذ التزامه عيناً ، بأن يجبر المفاوض على أن يقوم هو بتنفيذ العمل شخصياً دون المفاوض من الباطن ، كما يجوز لرب العمل طلب فسخ المفاوضة الأصلية بناء على أن المفاوض لم يقم بالتزاماته ، وليست المحكمة ملزمة حيناً بإجابة رب العمل إلى ما يطلبه من فسخ الإيجار ، بل لها أن ترفض هذا الطلب وأن تكنى بإلزام المفاوض أن يقوم هو شخصياً بتنفيذ العمل الموكول إليه . ولرب العمل ، سواء طلب التنفيذ العيني أو طلب الفسخ ، أن يطلب تعويضاً من المفاوض إذا كان قد أصابه ضرر ، والمشتول من التعويض في الحالتين هو المفاوض الأصل لا المفاوض من الباطن . وللمفاوض من الباطن ، إذا رجح رب العمل على المفاوض الأصل بالتنفيذ العيني أو بالفسخ ، أن يرجع بدوره على المفاوض الأصلي يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم الوفاء بالتزاماته المستمدة من عقد المفاوضة من الباطن^(١) .

(١-) وفي فرنسا يقع أن يتصادق المفاوض مع مفاوض من الباطن لا تكون مهمته أن يقدم شيئاً من المواد اللازمة للعمل ، بل تنحصر هذه المهمة في أن يقوم بالعمل مع عامل هو الذى يحضرهم بنفسه . ولا تكون هناك علاقة مباشرة بين المفاوض الأصل ومفاوض الباطن ، فهم لا يعرفون إلا المفاوض من الباطن يتقاضون منه أجورهم ويتلقون منه الصلحيات اللازمة لقيام بالعمل . ويتقاضى المفاوض من الباطن من المفاوض الأصل أجراً معيناً ، يُلغى منه أجور العمال ، وما يبقى فهو ربح له . وهذا العقد يسمى في القانون الفرنسى *Marchandage* ، ويسمى للمفاوض من الباطن *Marchandour* أو *tâcheron* . وأكثر ما يفتش من هذا العقد أن يستغل المفاوض من الباطن العمال فيبشهم أجورهم ، حتى يحفظ لنفسه أكبر ربح ممكن . ومن أبيل ذلك صدر ذكره في ٢ مارس سنة ١٨٤٨ (وأقره قرار ٢١ مارس سنة ١٨٤٨) يحرم استغلال المفاوضين من الباطن العمال ، ويجعل هذا الاستغلال جريمة مثاقباً عليها . وقد أضحى هذا الذكر في المادتين ٣٠ (ب) و ١٠٣ من الكتاب الأول من تقنين العمل . وقد فسرت محاكم الاستئناف في فرنسا هذه النصوص على أنها تحرم أسلاك مقاومة من الباطن يكون القرض الوحيد منها توريده عامل يشتغلون بتوجيه المفاوض من الباطن ويأخذون أجورهم من (أولديان ١١ يولية سنة ١٨٩٩ دالوز ٩٩ - ٢ - ٣٩٣ - Bourges ٢٠ يولية سنة ١٩٠٠ سيرة ١٩٠٠ - ٢ - ٢٠٠) . ولكن محكمة النقض في فرنسا قضت بأن عقد المفاوضة من الباطن في هذه الحالة ليس محرماً في ذاته ، بل المحرم هو استغلال المفاوض من الباطن العمال ، فإذا ثبت أن عقد مقفولة من الباطن يمكن للمفاوض من الباطن أن يستغل العمال فهذا العقد يكون باطلاً ويستوجب العقوبة الجنائية (نقض فرنسى جنائلى) قيرابر سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ١ - ٣٩٩ - ٨ فبراير سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٢٠٩ - ٣١ يناير سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠١ - ١ - ١٦٩ (الدوائر المتجمعة) - ٢٢ يولية سنة ١٩٢٥ سيرة ١٩٢٥ - ١ - ٢١٦) . ثم صدر مرسوم بقانون في ٨ أغسطس سنة ١٩٢٥ يحرم هذا النوع =

١١٩ - قيام هويات متنوعة في حالة المفاوضة من الباطن : فإذا لم يكن هناك شرط مانع صريح أوضحى ، إوكان هناك شرط مانع وتنازل عنه رب العمل ، وعقد المفاوضة من الباطن في كل العمل أو في جزء منه ، فإن المفاوضة من الباطن تكون صحيحة وتنفذ حتى في حق رب العمل . وبلجا المفاوضة إلى المفاوضة من الباطن عادة في المفاوضات الكبيرة حيث تتعدد الأعمال وتنشعب ، فيعهد المفاوض الأصلي لمفاوضين من الباطن ، إذا كان العمل بناء مثلا ، بالأعمال الصحية وبالنجارة وبالبلاط وبالبياض وبغير ذلك من الأعمال المختلفة التي تشتمل عليها المفاوضة ، ويقوم المفاوض الأصلي بالتنسيق بين أعمال المفاوضين من الباطن^(١) .

ويرتب على المفاوضة من الباطن قيام علاقات متنوعة يمكن حصرها فيما يلي : (١) علاقة المفاوض الأصلي بالمفاوض من الباطن . (٢) علاقة المفاوض الأصلي برب العمل . (٣) علاقة رب العمل بالمفاوض من الباطن . ونستعرض هذه العلاقات الثلاث :

١٨ - علاقة المفاوض الأصلي بالمفاوض من الباطن

١٢٠ - موقف رب عمل بمفاوض : تكون العلاقة ما بين المفاوض الأصلي والمفاوض من الباطن علاقة رب عمل بمفاوض ، ينظمها عقد المفاوضة من الباطن . فيكون المفاوض الأصلي بالنسبة إلى المفاوض من الباطن رب عمل ، عليه جميع التزامات رب العمل . ويكون المفاوض من الباطن بالنسبة إلى المفاوض الأصلي مقاولا ، عليه جميع التزامات المفاوض . ومن ثم يوجد عقدا مفاوضة : عقد المفاوضة الأصلي يحكم العلاقة بين رب

= من الاستئصال . انظر في هذه المسألة بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٦١ - فقرة ٤٠٦٣ - بلانيول وديير ورواست ١١ فقرة ٩١٩ - فقرة ٩٢٠ - بلانيول وديير وبولانجه ٢ فقرة ٢٩٩٥ - چورسان ٧ فقرة ١٢٨٨ ص ٦٤٦ .
أما مقدمو الأنفار في مصر فهم لا يسمون بأنفسهم ، بل يقتصرون على توريد البغال وبنهم حال التراجيل .

(١) بلانيول وديير ورواست ١١ فقرة ٩١٨ .

العمل والمقاول الأصلي ، وعقد المقاولة من الباطن يحكم العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن . وليس من الضروري أن يكون العقدان متطابقين أو متقاربين ، بل يطلب أن يكونا مختلفين من وجه كثيرة ، كقندار الأجرة وشروط العقد . فقد تكون الأجرة في المقاولة من الباطن أقل أو أعلى من الأجرة في المقاولة الأصلية . وقد لا يوجد الشرط المانع في المقاولة الأصلية ، ويوجد هذا الشرط في المقاولة من الباطن . وقد يضع المقاول الأصلي شرطاً جزائياً في المقاولة من الباطن ، ولا يوضع هذا الشرط في المقاولة الأصلية .

١٢١ - التزامات المقاول الأصلي نحو المقاول من الباطن : ويلتزم المقاول الأصلي كما قدمنا نحو المقاول من الباطن بجميع التزامات رب العمل . وقد رأينا أن هذه الالتزامات هي تمكين المقاول من إنجاز العمل ، وتسليم العمل بعد إنجازه ، ودفع الأجر .

فيلتزم المقاول الأصلي بتمكين المقاول من الباطن من إنجاز العمل . فإذا كان المقاول من الباطن في حاجة إلى مهمات وأدوات ومواد تعهد المقاول الأصلي بتقديمها له ، وجب على هذا الأخير أن يفرض تعهده ، وأن يسلم المقاول من الباطن هذه المهمات والأدوات والمواد في وقت مناسب . وإذا كان عمل المقاول من الباطن يقتضي أن تقدم له مواصفات ورسوم ونماذج ، وجب على المقاول الأصلي أن يقدم له ذلك لتمكينه من العمل . وعلى المقاول الأصلي أن يقوم بتنسيق الأعمال ما بين عماله والمقاول من الباطن ، أو ما بين المقاولين من الباطن المتعددتين ، بحيث لا يحول أحد دون تمكن الآخرين من تنفيذ أعمالهم . فإذا لم يتم المقاول الأصلي بالتزامه من تمكين المقاول من الباطن من إنجاز العمل على هذا النحو ، كان للمقاول من الباطن أن يطلب التنفيذ عيناً ولو عن طريق التهديد المالي فيما يقتضي تدخل المقاول الأصلي كما إذا كان هذا ملزماً بتقديم مواصفات ورسوم ونماذج ، وكان له كذلك أن يطلب فسخ المقاولة من الباطن ، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى . وقد سبق بيان التزام رب العمل بتمكين المقاول من إنجاز العمل ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك^(١) .

ويلتزم المقاول الأصل أيضاً بتسلم العمل من المقاول من الباطن بعد إنجازه .
 ففي آتم المقاول من الباطن العمل ووضعه تحت تصرف المقاول الأصل ،
 وجب على هذا أن يبادر إلى معاينته في أقرب وقت مستطاع تبعاً للعائوف
 في التعامل ، وأن يتسلمه في مدة وجيزة . فإذا امتنع دون سبب مشروع
 بعد إعذاره عن تسليم العمل ، اعتبر أنه قد تسلمه . وله أن يتمتع عن تسلمه
 إذا كان المقاول من الباطن قد خالف ماورد في عقد المقاولة من الباطن من
 الشروط أو ما تقتضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل . ويكون تسليم المقاول
 الأصل للعمل في الميعاد المتفق عليه أو الميعاد المقبول لإنجاز العمل وفقاً لطبيعته
 ولعرف الحرفة ، وفي جميع الأحوال يجب على المقاول الأصل أن يقوم بتنفيذ
 التزامه من تسليم العمل وتقبله بمجرد أن يتم المقاول من الباطن العمل ويضمه
 تحت تصرفه أى يسلمه إياه . ويكون التسليم في مكان التسليم ، ويتم باستيلاء
 المقاول الأصل على العمل وفقاً لطبيعته . وإذا كان العمل مكوناً من أجزاء
 متميزة أركان الأجر عدداً بسعر الوحدة ، جاز لكل من المقاول الأصل
 والمقاول من الباطن أن يطلب إجراء المعاينة والتسلم عقب إنجاز كل جزء
 أو وحدة من العمل . والفروض أن المقاول الأصل ، إذا دفع أجر جزء أو
 أكثر من العمل ، يكون قد عاين هذا الجزء أو الأجزاء وتقبلها ، وذلك ما لم
 يثبت أن ما دفعه ليس إلا مبلغاً قدمه للمقاول من الباطن تحت الحساب . وإذا
 لم يتم المقاول الأصل بالتزامه من تسليم العمل وتقبله في الميعاد القانوني ، كان
 للمقاول من الباطن أن يجبره على تنفيذ التزامه عينا ، ويمكن فوق ذلك وطبقاً
 للقواعد العامة أن يلجأ المقاول من الباطن إلى إجراءات العرض الحقيقي . وقد
 سبطننا التزام رب العمل بتسلمه وتقبله تفصيلاً فيما تقدم ، فتحيل هنا إلى ما قبلهنا
 هناك (١) .

ويلتزم المقاول الأصل أخيراً بدفع الأجر إلى المقاول من الباطن . فيدفع
 له الأجر المتفق عليه بينهما ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على مقدار الأجر وجب
 الرجوع في تحديد هذا المقدار إلى قيمة العمل الذي قام به المقاول من الباطن
 والتفقات التي صرفها في إنجازه (م ٦٥٩ مدني) . وإذا اتفق على أجر مقتصور

مقايضة على أساس الوحدة ، وتبين في أثناء العمل أن من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايضة المقدرة مجاوزة محسوسة ، ويجب على المفاوض من الباطن أن يخطر في الحال المفاوض الأصلي بذلك ، مبنياً مقدار ما يتوقعه من زيادة في الأجر ، فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما تجاوز به قيمة المقايضة من نفقات . وإن هو أخطر المفاوض الأصلي ، كان له أن يرجع بزيادة في الأجر تقابل المجاوزة المحسوسة لتقديرات المقايضة . فإذا كانت هذه المجاوزة جسيمة ، جاز للمفاوض الأجهل أن يقف تنفيذ العمل وأن يتحلى من العند ، على أن يكون ذلك دون إعطاء ، مع إيفاء المفاوض من الباطن قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد ، دون أن يعرضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه آتم العمل (م ٦٥٧ مدني) . أما إذا اتفق على أجر إجمالي جزائي على أساس تصميم معين ، فليس للمفاوض من الباطن أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حصل في هذا التصميم تعديل أو إضافة ، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من المفاوض الأصلي أو أن يكون مأذوناً به منه . فإذا أذن المفاوض الأصلي في تعديل التصميم أو في الإضافة إليه ، وجب عليه أن يدفع زيادة في الأجر تقابل ما وقع في التصميم من تعديل أو إضافة ، وذلك دون حاجة إلى أن يكون هناك اتفاق بالكتابة بينه وبين المفاوض من الباطن لا على التعديل في ذاته ولا على مقدار الزيادة في الأجر . وإنما وجب الاتفاق الكتابي طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ مدني في العلاقة ما بين رب العمل والمفاوض الأصلي ، لاقى العلاقة ما بين المفاوض الأصلي والمفاوض من الباطن ، وقد سبق بيان ذلك^(١) . وليس للمفاوض من الباطن ، إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية أو أجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف ، أن يستند إلى ذلك ليطالب بزيادة في الأجر الإجمالي الجزائي المتفق عليه ، ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ المفاوضة من الباطن محسراً . على أنه إذا انهار التوازن بين التزامات كل من المفاوض الأصلي والمفاوض من الباطن بسبب حوادث استثنائية عامقة تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المفاوضة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو يفسخ العقد (م ٣/٦٥٨ مدني) . والمدين بالأجر هو المفاوض الأصلي وورثته من بعده ، دون رب

العمل بالرغم من أنه هو الذى انتفع بالعمل ، ومع ذلك سترى أن للمقاول من الباطن الرجوع مباشرة على رب العمل بمقدار ما هو مستحق في ذمة هذا الأخير للمقاول الأصلي . والدائن بالأجر هو المقاول من الباطن ، وورثته من بعده . ويستحق دفع الأجر للمقاول من الباطن عند تسلم العمل ، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك . ويكون الدفع في المكان المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك اتفاق في المكان الذى يقضى به العرف ، فإن لم يكن هناك اتفاق ولا عرف في موطن المقاول الأصلي وقت الوفاء أو في المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله . وإذا أحل المقاول الأصلي بالتزامه من دفع الأجر ، فلمقاول من الباطن أن يطلب التنفيذ العيني ، وله أن يطلب فسخ المفاولة من الباطن ، وفي الحالتين له أن يطلب التعويض إذا كان له محل . وله أن يحبس العمل حتى يستوفى الأجر ، كما أن له حقوق امتياز في المواضع التى نص القانون على أن يكون فيها للمقاول حتى امتياز . وقد يتناكل ذلك تفصيلا عند الكلام في التزام رب العمل بدفع الأجر للمقاول ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك^(١).

١٢٢ - التزامات المقاول من الباطن نحو المقاول المؤصل : ويتزام المقاول من الباطن بجميع التزامات المقاول نحو رب العمل . وقد قلنا أن هذه الالتزامات هي إنجاز العمل ، وتسليمه بعد إنجازه ، وضمانه بعد التسليم . فيلتزم المقاول من الباطن بإنجاز العمل المعهود به إليه من المقاول الأصلي ، سواء كان هو كل العمل محل المفاولة الأصلية أو كان جزءاً من هذا العمل . ويجب أن ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها في عقد المفاولة من الباطن ، وبالشروط الواردة في هذا العقد . فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها ، وجب

(١) انظر أيضاً فقرة ٨٧ - فقرة ١١٦ - ويجوز كذلك للمقاول الأصل أن يحصل من عقد المفاولة من الباطن ويقتض التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه ، حل أن يمرض المقاول من الباطن من جميع ما أنفقته من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل ، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة ٩٦٣ مدني وسيأتى بيانها (انظر عكس ذلك بـلانيرول وريوير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ - بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٦٧ : ولكنهما يسلطان أنه يجوز أن يشترط المقاول الأصلي حل المقاول من الباطن ثبوت هذا الحق له ، بل يجوز أن يشترط المقاول الأصلي حل المقاول من الباطن بجواز التحلل من عقد المفاولة من^٢ دون أن يغير أي تمريض ، ويشيران إلى حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٢ جالوز ٩٥ - ٨١ - وانظر في المسألة نقول به محمد لبيب شنب فقرة ١٥٥ ص ١٩٠) .

اتباع العرف وبخاصة أصول الصناعة تبعاً للعمل الذى يقوم به المقاول من الباطن . وإذا احتاج المقاول من الباطن فى إنجاز العمل إلى أدوات ومهمات لم يتعهد المقاول الأصلي بتقديمها له ، فعليه هو أن يأتى بها على نفقته ، سواء كان للعمل مادة تستخدم فيه أو لم يكن ، وسواء كان من ورد المادة هو المقاول من الباطن أو المقاول الأصلي أو رب العمل . وقد يحتاج المقاول من الباطن إلى أيد عاملة ومساعدين يعاونونه على إنجاز العمل . فى هذه الحالة تكون أجور العمال والمعاونين على المقاول من الباطن مالم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك . وإذا كان المقاول من الباطن هو الذى تعهد بتقديم المادة التى يستخدمها ، كالأخشاب للأبواب والشبابيك وكالأدوات الصحية ، كان مسئولاً عن جودتها وعليه ضمانها للمقاول الأصلي . وفى اختيار المادة التى يقدمها يجب عليه أن يلتزم الشروط والمواصفات المتفق عليها ، وإذا لم تكن هناك شروط ومواصفات وجب عليه أن يتوخى فى الاختيار أن تكون المادة وافية بالفرض المقصود مستفاداً مما هو مبين فى عقد المقاولة من الباطن أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الفرض الذى أعد له . وإذا لم يتفق مع المقاول الأصلي على درجة المادة من حيث جودتها ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، ألزم بأن يقدم مادة من صنف متوسط . وهو ضامن للعيوب الخفية التى توجد فى المادة التى يقدمها ، ويضمن هذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها ، ولكن لا يضمن عيباً جرى العرف على التسامح فيه . وإذا كان المقاول الأصلي أو رب العمل هو الذى قدم المادة ، فعلى المقاول من الباطن أن يحرص عليها ويراعى أصول الفن فى استخدامه لها ، وأن يؤدى حساباً عما استعملها فيه ويرد مابقى منها . فإذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية ، ألزم برد قيمة هذا الشيء . ويلتزم كذلك بأن ينجز العمل فى المدة المتفق عليها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة فالواجب أن ينجزه فى المدة المحقولة التى تسمح بإنجازه نظراً لطبيعته ومقدار ما يقتضيه من دقة وتبعاً لعرف الحرفة . وإذا أعطى المقاول من الباطن بالتزامه من إنجاز العمل على الوجه المتقدم ، جاز للمقاول الأصلي أن يطلب التنفيذ العيني ، كما يستطيع طلب فسخ المقاولة من الباطن ، وله أن يطلب التعويض فى الحالتين إذا كان له مقتضى . وإذا ثبت فى أثناء

سير العمل أن المفاوض من الباطن يقوم به على وجه معيب أو متاف للعقد ، جاز للمفاوض الأصلي أن ينلذه بأن يعدل من طريقة التنفيذ في خلال أجل معقول يعينه له . فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المفاوض من الباطن إلى الطريقة الصحيحة ، جاز للمفاوض الأصلي أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مفاوض آخر بإنجاز العمل على نفقة المفاوض من الباطن . على أنه يجوز طلب فسخ عقد المفاوضة من الباطن في الحال دون حاجة إلى تعيين أجل ، إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً (م ٦٥٠ مدني) . وإذا تأخر المفاوض من الباطن في أن يبدأ العمل أو في أن ينتجزه تأخراً لا يرجي معه مطلقاً أن يتمكن من القيام بالعمل كما ينبغي في المدة المتفق عليها ، جاز للمفاوض الأصلي طلب فسخ عقد المفاوضة من الباطن دون انتظار لحلول أجل التسليم . وقد بسطنا كل ذلك تفصيلاً عند الكلام في التزام المفاوض بإنجاز العمل ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (١) .

ويلتزم المفاوض من الباطن أيضاً بتسليم العمل بعد إنجازهِ . ويكون التسليم بوضع العمل تحت تصرف المفاوض الأصلي ، بحيث يتمكن هذا من الاستيلاء عليه دون عائق . ويكون ذلك في الميعاد المتفق عليه ، فإذا لم يكن هناك اتفاق في الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقاً لطبيعته ولعرف الحرفة . ويسلم العمل في المكان المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك اتفاق في المكان الذي يعينه عرف الحرفة ، وإن لم يكن هناك عرف في مكان وجود المقار أو المتقول ، وإلا ففي موطن المفاوض من الباطن أو المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله . وجزاء الإخلال بالتزام التسليم هو طلب التنفيذ المعنى إذا كان ممكناً فيجبر المفاوض من الباطن على التسليم ، وإلا جاز للمفاوض الأصلي طلب فسخ عقد المفاوضة من الباطن مع التعويض في الحالتين إذا كان له مقتضى . وإذا هلك الشيء وهو في يد المفاوض من الباطن قبل تسليمه للمفاوض الأصلي بسبب حادث مفاجئ ، تحمل المفاوض من الباطن تبعه الهلاك ، فليس له أن يطالب بالأجر ولا يرد التفقات . ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها ، سواء كان هو المفاوض من الباطن أو المفاوض الأصلي أو رب العمل . وقد بسطنا كل ذلك تفصيلاً عند

الكلام في التزام المقاول بالتسليم ، فتحيل هنا إلى ما قدمناه هناك^(١) .

ويلتزم المقاول من الباطن أخيراً بضمان العمل . وقد تقدم أنه إذا كان المقاول من الباطن قدم المادة من عنده فإنه يكون مسئولاً عن جودتها ، وعليه ضمان العيوب الخفية فيها . وإذا كان الذى قدم المادة هو المقاول الأصلى أو رب العمل ، فإن المقاول من الباطن لا يكون ضامناً لعيوبها الخفية لأنه ليس هو الذى قدمها ، ولكن إذا كشف فى أثناء عمله أو كان يمكن أن يكشف تبعاً لمستواء الفنى عيوباً فى المادة ، وجب عليه أن يخطر المقاول الأصلى فوراً بذلك ، وإلا كان مسئولاً عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج . وسواء كان الذى قدم المادة هو المقاول من الباطن أو المقاول الأصلى أوجب العمل ، فإن المقاول من الباطن يكون فى جميع الأحوال ضامناً لأى عيب فى الصنعة (malhaçon) تقضى أصول الحرفة بأن يكون مسئولاً عنه . فإذا كان العيب فى الصنعة واضحاً ، بحيث يمكن للمقاول الأصلى أن يكشفه ، وتسلم هذا العمل وتقبله دون أن يعترض ، فالمفروض أنه قبل العمل معيماً ونزل عن حقه فى الرجوع على المقاول من الباطن ، ويقبى مسئولاً عن العيب نحو رب العمل ، ومن ثم ينقضى ضمان المقاول من الباطن للعيب الواضح بمجرد تسلم المقاول الأصلى العمل وتقبله إياه . وهنا لا يمنع من أن يتحفظ المقاول الأصلى عند تسلم العمل ، ويقرر أن التسليم لا يمنعه من الرجوع فيما بعد على المقاول من الباطن إذا وجد فى العمل عيباً ، وفى هذه الحالة يكون له الرجوع بضمان العيب فى المدة التى يتفق عليها مع المقاول من الباطن ، وإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة قصيرة حسب ما يقضى به عرف المهنة . وإذا كان العيب ليس من الواضح بحيث يمكن كشفه وقت التسليم أو قبل العمل ، يقبى المقاول من الباطن ضامناً للعيب المدة القصيرة التى يقضى بها عرف الحرفة . وقد بسطنا هذه الأحكام تفصيلاً عند الكلام فى ضمان المقاول بوجه عام لعيوب الصنعة ، فما قدمناه هناك ينطبق هنا^(٢) .

يقبى ضمان المقاول من الباطن لعيوب البناء ، وقد قدمنا أنه فى العلاقة التى نحن بصددتها بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن لا تسرى المادة ٦٥١

(١) انظر أيضاً فقرة ٤٧ - فقرة ٥٥ .

(٢) انظر أيضاً فقرة ٥٧ - فقرة ٥٩ .

مدنى ، وهى التى تجعل المقاو ضامناً لما يحدث خلال عشر سنوات من تهم فى المباني أو المنشآت الثابتة الأخرى ولجميع مايوجد فى المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته ، بل يكون المقاو من الباطن ضامناً لعيوب البناء والمنشآت الثابتة الأخرى فى حدود القواعد العامة ، ومن ثم ينتهى التزام المقاو من الباطن بالضمان بمجرد أن يقسم المقاو الأصلى العمل مع تمكنه من فحصه وكشف ما به من عيوب . فإذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك ، لا يكون المقاو من الباطن مسئولاً إلا بالقدر وإلى المدة التى يقضى بها عرف الحفرة ، لا إلى مدة عشر سنوات كما هى الحال فى العلاقة ما بين رب العمل والمقاو الأصلى . وقد قلنا أن السبب فى ذلك هو أن المقاو الأصلى من أهل الخبرة والفن ، فلا يوجد مقتضى لحمايته حماية مشددة بإيجاب ضمان على المقاو من الباطن مدة عشر سنوات ، ويكفى فى حماية المقاو الأصلى الرجوع إلى القواعد العامة فقها حماية كافية له^(١) .

§ ٢ - علاقة المقاو الأصلى برب العمل

١٣٣ - عقد المقاو المؤصل هو الذى ينظم هذه العلاقة : أما فى تنظيم العلاقة ما بين المقاو الأصلى ورب العمل ، فقد قلنا أن عقد المقاولة الأصلى يبنى قائماً ، وهو الذى ينظم العلاقة فيما بينهما . ولأشأن لرب العمل بعقد المقاولة من الباطن ، فهذا العقد لا يكسبه حقاً ولا يترتب فى ذمته التزاماً لأنه يعتبر بالنسبة إليه من الغير ، وذلك فيما عدا مناص عليه القانون من رجوع المقاو من الباطن على رب العمل بالأجرة فى حدود معينة منبجها تفصيلاً فيما يلى .

فعمد المقاولة الأصلى إذن ، دون عقد المقاولة من الباطن ، هو الذى يحدد التزامات رب العمل نحو المقاو الأصلى ، ويحدد التزامات المقاو الأصلى نحو رب العمل .

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٣ - ويبقى المقاو الأصل مسئولاً نحو رب العمل من ضمان ما يظهر فى سنة المقاو من الباطن من عيوب خفية مدة عشر سنوات . وإذا رجع رب العمل على المقاو الأصل بالضمان ، فإن المقاو الأصل الذى تسلم العمل من المقاو من الباطن ، لا يستطيع الرجوع عليه بالضمان إذا انقضت المدة القصيرة التى يقضى بها عرف فانتهت بانقضائها مسئولية المقاو من الباطن عن الضمان . (بلانويو وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٤ - وانظر آنفاً فقرة ٦٣ فى آخرها فى الخامس . وانظر ما يلى فقرة ١٢٥) .

١٢٤ - التزامات رب العمل نحو المقاول الأصلي : ومن ثم يبقى رب العمل ملتزماً نحو المقاول الأصلي ، دون المقاول من الباطن ، والتزاماته تنشأ من عقد المقاولة الأصلي . فيلتزم نحو المقاول الأصلي بتمكينه من إنجاز العمل ، على النحو المفصل الذى أسلفناه . ويلتزم كذلك بتسليم العمل وتقبله من المقاول الأصلي لا من المقاول من الباطن ، وقد قدمنا ما يشتمل عليه هذا الالتزام من المسائل التفصيلية . ويلتزم أخيراً بدفع الأجر للمقاول الأصلي لا للمقاول من الباطن ، والأجر الذى يدفعه هو الأجر الذى ينشأ الالتزام به من عقد المقاولة الأصلي لا من عقد المقاولة من الباطن . ولأنما يلتزم رب العمل استثناءً بدفع ما فى ذمته من الأجر للمقاول الأصلي مباشرة إلى المقاول من الباطن ، بموجب نص خاص فى هذا الشأن سيأتى بحته .

١٢٥ - التزامات المقاول الأصلي نحو رب العمل : ويبقى المقاول الأصلي ملتزماً نحو رب العمل ، والتزاماته تنشأ هى أيضاً من عقد المقاولة الأصلي لا من عقد المقاولة من الباطن . فيلتزم نحو رب العمل بإنجاز العمل محل عقد المقاولة الأصلي ، على التفصيل الذى قدمناه فى خصوص هذا الالتزام . ويلتزم كذلك بتسليم العمل بعد إنجازه لرب العمل ، ويدخل فى ذلك العمل الذى أنجزه المقاول من الباطن ، فإن هذا العمل يتسلمه المقاول الأصلي من المقاول من الباطن ثم يسلمه لرب العمل . ويلتزم أخيراً بضمان العمل ، لا ضماناً بموجب القواعد العامة فحسب ، بل أيضاً بضمان التهدم والعيوب فى المباني والمنشآت الثابتة الأخرى خلال عشر سنوات على التفصيل الذى قدمناه . وقد رأينا أن المقاول من الباطن لا يضمن التهدم والعيوب فى المباني والمنشآت الثابتة الأخرى إلا فى حدود القواعد العامة . ويترتب على ذلك أنه إذا تسلم المقاول الأصلي من المقاول من الباطن مبنى أقامه ، وسلمه لرب العمل ، فإن ضمان المقاول من الباطن لعيوب هذا المبنى نحو المقاول الأصلي لا يقوم إلا لمدة قصيرة بحسب العرف من وقت تسلم المقاول الأصلي للمبنى ، أما ضمان المقاول الأصلي لهذه العيوب نحو رب العمل فيبقى قائماً خلال عشر سنوات من وقت تسلم رب العمل للمبنى .

١٢٦ - مسؤولية المفاوض الأصلي عن المفاوض من الباطن نحو رب العمل : وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٦٦١ مدني تنص على ما يأتي :
«ولكنه (المفاوض الأصلي) يبقى في هذه الحالة مسئولاً عن المفاوض من الباطن قبل رب العمل»^(١).

ومعنى ذلك أن التزامات المفاوض من الباطن نحو المفاوض الأصلي ، وقد سبق بيانها ، يبقى المفاوض الأصلي مسئولاً عنها نحو رب العمل^(٢) . ولا يكون المفاوض من الباطن مسئولاً مباشرة نحو رب العمل ، بل يبقى مسئولاً نحو المفاوض الأصلي ، ثم يكون المفاوض الأصلي هو المسئول نحو رب العمل^(٣) . فإذا أدخل المفاوض من الباطن بالتزامه من إنجاز العمل طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها ولأصول الصناعة ، كان المفاوض الأصلي مسئولاً عن ذلك نحو رب العمل . فيرجع رب العمل على المفاوض الأصلي ، ثم يرجع المفاوض الأصلي على المفاوض من الباطن .

وإذا أدخل المفاوض من الباطن بالتزاماته من تسليم العمل بعد إنجازها ، كان المسئول عن ذلك نحو رب العمل هو المفاوض الأصلي لا المفاوض من الباطن ، فيرجع رب العمل على المفاوض الأصلي ، ثم يرجع المفاوض الأصلي على المفاوض من الباطن .

وإذا أدخل المفاوض من الباطن بالتزامه بضمين عيوب الصناعة وظهور في عمله عيب ، كان مسئولاً عن هذا العيب ، نحو المفاوض الأصلي ، وكان المفاوض الأصلي مسئولاً عن نفس العيب نحو رب العمل . فيرجع هذا الأخير على

(١) انظر كلاً فقرة ١١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٤١٣ من القانون المدني (القديم) ، ولو أنها تمحل المفاوض إعطاء المفاوضة لآخر إذا لم يكن متفقاً على خلاف ذلك ، إلا أنها تمتع مسئولاً عن عمل هذا الآخر . وبناء على ذلك فإن مجرد قيام مفاوض من الباطن تحت إشراف الحكومة بالعمل الذي تمثله عليه المفاوض الذي اتفقت معه لا يقطع مسؤولية هذا المفاوض ، خصوصاً إذا كان في شروط التعاقد ما يحمله مسؤولية الأضرار الناتجة عن تنفيذ المفاوضة (نفس مدني ١٧ أبريل سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٢١٢ ص ٣٤٠) - وانظر أيضاً استئناف مخطوط ١٦ يوليو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٧ .

(٣) دافيد رسالته في عقد الاستصناع ص ٨١ - محمدي لبيب شنب فقرة ٦٨ .

المقاول الأصلي ، ثم يرجع المقاول الأصلي على المقاول من الباطن . فإذا كان العيب في المباني والمنشآت الثابتة الأخرى ، كان المقاول الأصلي هو المقاول من الباطن ضامناً لهذا العيب خلال عشر سنوات ، أما المقاول من الباطن فتبرأ ذمته من الضمان في مدة قصيرة كما سبق القول .

ومسئولية المقاول الأصلي عن المقاول من الباطن ليست مسئولية المتبوع عن تابعه ، فإن المقاول من الباطن يفعل مستقلاً عن المقاول الأصلي ولا يعتبر تابعاً له . وإنما هي مسئولية عقدية تنشأ من عقد الإيجار الأصلي ، وتقوم على افتراض أن كل الأعمال والأخطاء التي تصدر من المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة إلى رب العمل أعمالاً وأخطاءً تصدرت من المقاول الأصلي ، فيكون هذا مسئولاً عنها قبله^(١) .

§ ٣ - علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن

١٢٧ المرفق بين رب العمل والمقاول من الباطن هو مرفق غير صابرة : وقد قلنا أن العلاقة بين رب العمل والمقاول الأصلي يحكمها عقد المقاولة الأصلي ، ويحكم عقد المقاولة من الباطن العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن . ويترتب على ذلك أن الأصل ألا تقوم علاقة مباشرة بين رب العمل ، والمقاول من الباطن إذ لا يربطهما أي تعاقد ، فالتعاقد إنما يربط رب العمل بالمقاول الأصلي ، ويربط المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن . وإنما تكون العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة غير مباشرة ، إذ يتوسطهما المقاول الأصلي . فلا يطالب رب العمل المقاول من الباطن مباشرة

(١) انظر أيضاً فقرة ٤٢ - ولما كانت مسئولية مقدمة فيمكن الاتفاق على ما يخالفها ، ومن ثم يجوز أن يشترط المقاول على رب العمل جواز أن يقاوم من الباطن وألا يكون مسئولاً عن المقاول من الباطن . كذلك يجوز به أن يتخذ المقاول الأصلي مقاولاً من الباطن أن يقبل رب العمل حلول المقاول من الباطن محل المقاول الأصلي في كل حقوقه والتزاماته ، فتصير المقاولة من الباطن إلى تنازل من المقاولة . كذلك يجوز أن يتعهد المقاول من الباطن للمقاول الأصلي أن يقوم بالعمل لمصلحة رب العمل ، فيكون هذا اشتراكاً من المقاول الأصلي لمصلحة رب العمل ، ويستطيع رب العمل في هذه الحالة أن يرجع بالدعوى المباشرة على المقاول من الباطن طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير ، ويحفظ في الوقت ذاته بحق الرجوع على المقاول الأصلي بموجب عقد المقاولة (انظر بلايول وديير ودولست ١١ فقرة ٩٢٩) .

بالتزاماته ، بل الذى يطالب بها المفاوض الأصيل . ولا يطالب المفاوض من الباطن
رب العمل مباشرة بالتزاماته ، وإنما يطالب بهذه الالتزامات المفاوض الأصيل^(١) .

١٢٨ — لا يطالب رب العمل المفاوض من الباطن مباشرة بالتزاماته :
والالتزامات المفاوض من الباطن الثلاثة إنما يطالب بها مباشرة المفاوض الأصيل
لازرب العمل .

فالالتزام بإنجاز العمل يطالب به المفاوض الأصيل المفاوض من الباطن بموجب
عقد المفاوضة من الباطن كما قدما . ولا يستطيع رب العمل أن يطالب مباشرة
المفاوض من الباطن بهذا الالتزام ، لا بموجب عقد المفاوضة الأصيل لأن المفاوض
من الباطن ليس طرفاً فيه ، ولا بموجب عقد المفاوضة من الباطن لأن رب العمل
ليس طرفاً فيه . وإنما يستطيع رب العمل أن يطالب المفاوض من الباطن بهذا
الالتزام بدعوى غير مباشرة يرفعها باسم مدينه المفاوض الأصيل .

ولا يستطيع كذلك رب العمل أن يطالب المفاوض من الباطن مباشرة بتسليم
العمل ، وإنما يستطيع ذلك بدعوى غير مباشرة يستعمل فيها حق مدينه
المفاوض الأصيل قبل مدين مدينه المفاوض من الباطن .
ولا يجوز أخيراً لرب العمل أن يطالب المفاوض من الباطن مباشرة بالضمان ،
ولكن يستطيع بالدعوى غير المباشرة أن يستعمل حق مدينه المفاوض الأصيل
في الضمان قبل مدين مدينه المفاوض من الباطن .

١٢٩ — لا يطالب المفاوض من الباطن رب العمل مباشرة بالتزاماته :
والمفاوض من الباطن لا يستطيع كذلك أن يطالب رب العمل مباشرة بالتزاماته ،
والذى يطالب بها مباشرة هو المفاوض الأصيل .
فالالتزام بتمكين المفاوض من إنجاز العمل ، والالتزام بتسليم العمل وتقبله ،
لا يستطيع المفاوض من الباطن الرجوع بهما مباشرة على رب العمل ، وإنما
يستطيع أن يستعمل حق مدينه المفاوض الأصيل في الرجوع على رب العمل
بطريق الدعوى غير المباشرة .

(١) ومع ذلك فقد قلنا أن رب العمل قد يقبل المفاوض من الباطن صراحة أو ضمناً ،
فيحل هذا محل المفاوض الأصيل في حقوقه وفي التزاماته . ومن ثم يستطيع رب العمل أن يطالب
المفاوض من الباطن مباشرة بالتزاماته ، كما يستطيع المفاوض من الباطن أن يطالب رب العمل مباشرة
بالتزاماته ، وتتحول المفاوضة من الباطن إلى تنازل عن المفاوضة (انظر آتياً فقرة ١٢٦ في الحاشية) .

والالتزام بدفع الأجر لا يستطيع في الأصل المقاول من الباطن الرجوع به مباشرة على رب العمل ، ولكن يجوز أن يستعمل حق المقاول الأصلي أجره قبل رب العمل بطريق الدعوى غير المباشرة . ولكن القانون أورد هنا استثناء هاماً نقتل الآن إليه .

١٣٠ - جواز مطالبة المقاول منه الباطنه وعمله ومال المقاول

المؤصلى لرب العمل. بالأمير مباشرة - نص قانوني : تنص المادة ٦٦٢ من التتئين المذني على ما يأتي :

١ - يكون للمقاولين من الباطن وللعامل الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون حديثاً به للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوى . ويكون لعامل المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل .
٢ - ولم في حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز ، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه . ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة .

٣ - وحقوق المقاولين من الباطن والعامل المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٨٦ من المشروع التمهيدي على وجه يطبق مع ما استقر عليه في التتئين المذني القديم ، فيها حد أن العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية كانت تجري على الوجه الآتي : « ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة دون حاجة إلى استصدار أمر من القاضي » . وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية طفيفة على النص ، وحلت عبارة « دون حاجة إلى استصدار أمر من القاضي » من آخر الفقرة الثانية ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التتئين المذني الجديد ، وصار رقمه ٦٩١ في المشروع النهائي . ووفق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٩٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٢ . (مجموعة الأعمال التشريعية ص ٥١ - ص ٥٤) .

ويقابل النص في التتئين المذني القديم : م ٥٠٦/٤١٤ - لا يجوز للمقاولين من المقاول الأول مطالبة المالك إلا بالمبالغ المستحقة لتلك المقاول في وقت الحجز كالاتم من أحدهم أربده . م ٥٠٧/٤١٥ - ولم حق الامتياز على تلك المبالغ كل منهم بقدر ما ينضه فيها ، ويجوز دفعها إليهم من طرف المالك بدون احتياج لأمر بذلك .

وقد رأينا أن الما قول من الباطن يستطيع أن يرجع على رب العمل في خصوص الأجر المستحق له قبل الما قول الأصلي ، وذلك بطريق الدعوى غير المباشرة يرفعها بأسم الما قول الأصلي ويطلب فيها بما هو مستحق في ذمة رب العمل للما قول الأصلي . ولكن هذه الدعوى غير المباشرة تسمح لدائني الما قوله الأصلي أن يزاحوا الما قول من الباطن ، فلا يستأثر وحده بما يستخلصه من رب العمل ، بل يقاسمه فيه سائر دائني الما قول الأصلي مقاسمة الغرماء . ومن أجل هذا جاء النص سالف الذكر يحمي الما قول من الباطن من مزاحمة دائني الما قول الأصلي ، ومد حمايته إلى عمال الما قول الأصلي وعمال الما قول من الباطن إذ أن هؤلاء العمال لا يقلون في الحاجة إلى الرعاية عن الما قول من الباطن ، فأعطى هؤلاء جميعاً دعوى مباشرة^(١) وحق امتياز يمنحهم مزاحمة دائني الما قول الأصلي .

= وأحكام التفتين المدف التقدّم تنفق مع أحكام التفتين المدف الجديد . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا المعنى ما يأتى : « يطابق هذا النص (م ٦٦٢ مدني المادتين ٤١٤ - ٤١٥/٥٠٦ - ٥٠٧ من التفتين الحال (التقدّم) ، مع تعديل سير قضى به المشروع على النزاع الذى آثاره وجود كلمة الحجز في النص الحال (التقدّم) . والمشروع يؤيد أحكام محكمة الاستئناف المخطط : ١٢ أبريل سنة ١٩١٦ ب ٢٨ ص ٢٥٣ - حيث لم تقصر تطبيق المادة على حالة حجز ما لمدين لدى الغير ، بل طبقها في حالة الدعوى المباشرة التى يرفعها الما قول من الباطن . على رب العمل : والفقرة الثالثة تقر ما جرى عليه قضاء محكمة الاستئناف المخططة : ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ٢١٦ - ١٨ مايو سنة ١٩١٥ ب ٢٧ ص ٣٣٥ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٣) .

ويقابل النص في التفتينات المدفنية العربية الأخرى :

التفتين المدف السوري م ٦٢٨ (مطابق) .

التفتين المدف الليبي م ٦٦١ (مطابق) .

التفتين المدف العراقى م ٨٨٣ (موافق) .

تفتين المرحبات والعقود البنائى م ٦٧٨ : إن جميع الذين استعملوا في إقامة المنشأ يحق لهم أن يدعوا صاحب المال مباشرة بقدر المبلغ الذى يكون مدينوناً به للما قول وقت إقامة الدعوى . (وأحكام التفتين البنائى تنفق في مجموعها مع أحكام التفتين المبررى) .

(١) - ولو اقتصر القانون على الدعوى غير المباشرة التى يزاس فيها سائر دائني الما قوله لأصل ، فإن هذه الدعوى تكون غالباً غير مجدية ، فالمما قول من الباطن والعمال لا يرجعون على رب العمل عادة إلا إذا كان الما قول الأصلى مسرراً ، فزاحمة دائني المما قولين الباطن والعمال تنقص كثيراً =

ونبحث في صدد هذه المطالبة التي يقرر النص توجيهها إلى رب العمل
المسئلين الآتيين : (١) من يكون طرفاً في المطالبة . (٢) ما يترتب من
النتائج على الدعوى المباشرة وحق الامتياز .

١٣١ — منه يكره طرفاً في المطالبة : يقرر النص سالف الذكر أن
الدائنين في المطالبة هم المقاولون من الباطن وعمال المقاول وعمال المقاول من
الباطن .

فالمقاول من الباطن يكون طرفاً في المقابلة ، وهو دائن يطالب في حدود
الأجر المستحق له في ذمة المقاول الأصلي وما يتبع الأجر من نفقات وضمن
مهمات وأحوات وفوائد^(١) . والطرف الآخر في هذه المطالبة ، أي الطرف
المدين ، هو رب العمل ، ولا يطالبه المقاول من الباطن إلا بالقدر الذي يكون
رب العمل مديناً به للمقاول الأصلي بموجب عقد المقابلة الأصلي وقت رفع
الدعوى المباشرة عليه من المقاول من الباطن . فإذا فرضنا أن المقاول من الباطن

— من تبة رجوع هؤلاء الأجيرين على رب العمل (لوران ٣٠ فقرة ٤٥ — جيوار ٢ فقرة ٨٩٧ —
هيك ١٠ فقرة ٤٣٣ — بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٢٧ — أوبري ورو وإيهان ٥ فقرة ٣٧٤
ص ٤٢٠ — بلانول وريير ورواست ١١ فقرة ٩٦٢ — كولان وكايتان وحى لاموراندير ٢
فقرة ١١٠٩) .

والثنتين المندفقتين في المادة ١٧٩٨ ليس صريحاً في إعطاء الدعوى المباشرة لمال المقاول ،
ولكن الفقه الفرنسي يذهب كما رأينا إلى تفسير المادة ١٧٩٨ مدق فرنسي بأنها تغطي لمال المقاول
دعوى مباشرة ، بل وتغطي أيضاً لصغار المقاولين من الباطن الذين يعملون بأعينهم . وذهب
القضاء الفرنسي أيضاً هذا المذهب (نقض فرنسي ١٨ يناير سنة ١٨٥٤ سريه ٥٤ — ١ — ٤٤١ —
١٧ أكتوبر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٢ — ١ — ٥٦٣ — دوي ١٣ أبريل سنة ١٨٣٣ سريه
٣٣ — ٢ — ٥٣٦ — ليون ٢١ يناير سنة ١٨٤٦ سريه ٤٦ — ٢ — ٢٦٧ — مونيه ٢٢
أغسطس سنة ١٨٥٠ سريه ٥٣ — ٢ — ٦٨٥) . انظر في مناقشة إعطاء الدعوى المباشرة لمالك
في القانون الفرنسي بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٢٨ — فقرة ٤٠٣٠ (ويجانب إلى أن المادة ١٧٩٨
مدق فرنسي لا تغطي لمال إلا الدعوى غير المباشرة يرضونها باسم المقاول الأصل طبقاً للقواعد
العامة : انظر برجه خاص فقرة ٤٠٣٧ — وانظر أيضاً في هذا المعنى بلانول وريير ويولانجه ٢
فقرة ٣٠١٢) . ولكن بعد صدور تقنين العمل انتق كل شك في وجود الدعوى المباشرة ، فقد
قضت المادة ٤٧ من الجزء الأول من هذا التقنين صراحة بوجود هذه الدعوى لصالح البائنين
والتجارين وغيرهم من المالك بالشروط المقررة في المادة ١٧٩٨ مدق فرنسي .

(١) ويدخل في ذلك أيضاً استرداد التأمين من رب العمل (استئناف غخط ٢٧ مارس
سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢١٦) .

دائن للمقاول الأصلي بأربعائة ، وأن المقاول الأصلي دائن لرب العمل تخمسة ، فإن المقاول من الباطن يطالب بموجب الدعوى المباشرة رب العمل بأربعائة . أما إذا كان المقاول الأصلي دائناً لرب العمل بثلاثمائة ، فإن المقاول من الباطن لا يطالب رب العمل إلا بثلاثمائة .

والعامل الذي يعمل عند المقاول مرتبطاً بعقد عمل يكون طرفاً في المطالبة ، سواء قام المقاول بالعمل كله بنفسه أو قاول على بعضه من الباطن . ففي جميع الأحوال يستطيع عامل المقاول أن يرجع ، في حدود الأجر المستحق له وكل حق آخر له في ذم المقاول بموجب عقد العمل^(١) ، على رب العمل بما هو مستحق في ذمة هذا الأخير للمقاول بموجب عقد المقاولة وقت رفع الدعوى المباشرة من العامل على رب العمل .

والعامل الذي يعمل عند المقاول من الباطن مرتبطاً بعقد عمل يكون طرفاً في المطالبة ، ويرجع في حدود ما هو مستحق له في ذمة المقاول من الباطن بموجب عقد العمل : (أولاً) على المقاول الأصلي باعتباره رب عمل بالنسبة إلى المقاول من الباطن ، فهو مدين مدينته ؛ ويرجع بما هو مستحق في ذمة المقاول الأصلي للمقاول من الباطن بموجب عقد المقاولة من الباطن وقت رفع الدعوى المباشرة من العامل على المقاول الأصلي . (ثانياً) على رب العمل باعتباره رب العمل للمقاول الأصلي ، فهو مدين مدين مدينته . ويرجع بما هو مستحق في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي بموجب عقد المقاولة الأصلي وقت رفع الدعوى المباشرة من العامل على رب العمل . وهذا مائتت عليه صراحة العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٦٦٢ مدني سالف الذكر ، إذ تقول : « ويكون لمالك المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل » .

(١) أما إذا كان مصدر حق العامل في ذمة المقاول سبباً آخر غير عقد العمل ، كالمستولية التصيرية ، فلا يرجع العامل في هذه الحالة على رب العمل بالدعوى المباشرة ، ولكن يجوز له الرجوع بالدعوى غير المباشرة طبقاً للقواعد العامة (بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٥) . وقد قضى بأنه إذا وقع حادث لعمال الذين عنهم المقاول من الباطن وقبلوا أن يسلموا تحت إشرافه ، فيكون هو المشغل وحده عن كل ما يصيبهم بسبب إهماله في عمله (الإسكندرية الوطنية ٢١ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٦٢ ص ١٢٩) .

أما إذا كان الما قول من الباطن قد قا قول هو أيضاً بدوره من الباطن ، فاما قول من الباطن الثاني يرجع بالدعوى المباشرة على الما قول الأصلى باعتباره رب عمل للما قول من الباطن الأول ، ولكنه لا يرجع بالدعوى المباشرة على رب العمل إذ أن نصوص المادة ٦٦٢ مدنى سالفة الذكر لا تعطى الدعوى المباشرة للما قول من الباطن إلا على رب العمل الذى قا قول ماقوله وهو هنا الما قول الأصلى . وعمل الما قول من الباطن الثاني يرجعون بالدعوى المباشرة على الما قول من الباطن الأول وهو مدين مدينهم ، وعلى الما قول الأصلى وهو مدين مدين مدينهم ، دون رب العمل فهو ليس إلا مدين مدين مدين مدينهم ونصوص المادة ٦٦٢ مدنى تقصر عن ذلك بالنسبة إلى الما قول^(١).

١٣٢ - ما يترتب منه النتائج على الدعوى المباشرة وهو الاختيار : ونفرض أن الما قول من الباطن أو عاملاً للما قول يريد الرجوع بالدعوى المباشرة على رب العمل . وقد قلنا أنه يرجع بما هو مستحق فى ذمة رب العمل للما قول الأصلى وقت رفع الدعوى المباشرة .

فقبل رفع هذه الدعوى وقبل إنذار رب العمل بالفناء^(٢) ، يجوز للما قول الأصلى أن يتصرف فى حقه المترتب فى ذمة رب العمل بجميع أنواع التصرفات ، ويكون هذا التصرف سارياً فى حق الما قول من الباطن أو العامل . يستطيع الما قول الأصلى أن يستوفى هذا الحق من رب العمل كله أو بعضه ، ويكون

(١) وليس لموردى الما قول الأصل (fournisseurs) دعوى مباشرة على رب العمل بأمان ما وردوه الما قول الأصل ولا حق اختيار ، لأن نص المادة ٦٦٢ مدنى لا يشمل الموردين كما ثبلى الما قولين من الباطن والمال (انظر فى هذا المعنى فى عهد التقنين الملف القديم استنباط مخطط ١٤ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٨) . ولكن يجوز ، فى دفتر الشروط مثلاً ، أن يكفل رب العمل الما قول فى الدينون التى تنشأ فى ذمة هذا الأخير الموردين ، ويكون هذا الشرط كفاية للما قول لصالح دائنتين معينتين (انظر فى هذا المعنى بلانويل وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٧ ص ٢١٢ - كزلال وكايتان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ١٢١١ : وينهبون إلى أن هذا يصير اشتراطاً لمصلحة الغير) .

ومن جهة أخرى لا يجوز لرب العمل أن يشترط على الما قول الأصل عدم رجوع الما قول من الباطن أو المال عليه بدعوى مباشرة ، فإن هذا الاتفاق المقنود ما بين رب العمل والما قول لا يمس حقوق الما قول من الباطن والمال إذ هم ليسوا طرفاً فيه ، وقد استمدوا حقوقهم من القانون (يودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٤ - أنسيلكوليدى دالوز ٢ ملفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٢) .

(٢) الترميط ٢ فقرة ٥٦٦ .

هذا الوفاء سارياً في حق المقاتل من الباطن أو العامل^(١)، ولو كانت المخالصة غير ثابتة التاريخ وذلك تطبيقاً لأحكام المادة ٢/٣٩٥ مدني^(٢). ونقع المقاصة بين ما للمقاتل الأصلي في ذمة رب العمل وما عليه له، إذا كان ذلك سابقاً على تاريخ الإنذار بالوفاء. ويستطيع المقاتل الأصلي كذلك أن يبرئ ذمة رب العمل، مادام الإبراء يكون صادراً قبل الإنذار بالوفاء^(٣).

(١) استئناف مخطط ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢١٦.

(٢) محمد ليبب شنب فقرة ١٣٤ ص ١٥٩ - إسماعيل غانم في عقد العمل ص ٣٥٧ هامش ٣ - ويكون الوفاء سارياً في حق المقاتل من الباطن أو العامل حتى لو كان وفاء بأقساط معجلة قبل مواعيد استحقاقها ما لم يكن هناك غش (بلائيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٦ ص ٢١٣ - قارن دعوى المؤجر المباشرة قبل المستأجر من الباطن حيث تنص المادة ٢/٥٩٦ مدني على ما يأتي: «ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتسلط قبل المؤجر بما يكون قد جعله من الأجرة للمستأجر الأصل، ما لم يكن قد تم قبل الإنذار وفقاً للعرف أو لاتفاق ثابت ثم وقت الإيجار من الباطن» - وانظر كولان وكاهيتان ودى لامورانهير ٢ فقرة ١١٠٩). وكذلك يكون الحيز الموقع من دائن المقاتل الأصل تحت يد رب العمل سارياً في حق المقاتل من الباطن أو العامل إذا كان قد حكم بمسحة هذا الحيز قبل إنذار رب العمل بالوفاء (باريس ١٢ أبريل سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ٥ - ٢٩١ - بلائيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٦ ص ٢١٣) - وانظر في كل ذلك أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٢١. ولكن قضى بأن الحيز تحت يد رب العمل لا يمتنع من أن يسدد أجر المقاتل من الباطن وأجر العامل حتى يقوموا بإنجاز العمل، إلا إذا فعل رب العمل ذلك غشاً إضراراً بحق الدائن الحايض (استئناف مخطط ٩ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧٣).

وهناك رأى يذهب إلى أن الوفاء، حتى يكون سارياً في حق المقاتل من الباطن والعامل، يجب أن يكون بحسن نية (جيوار ٢ فقرة ٨٩٨). ولكن الصحيح أن الوفاء يكون سارياً في حق المقاتل من الباطن والعامل حتى لو كان رب العمل عالماً بأن في ذمة المقاتل الأصل مبلغاً مستحقاً لها، ما دام لم ينته رب العمل بالوفاء (بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٣ - أنيسكلوبيس دالوز ٣ لفظ Lounge d'ouv. et d'ind. فقرة ٦١)، وذلك ما لم يثبت أن هناك غشاً وتواطؤاً بين رب العمل والمقاتل الأصل. ويمكن أن ينتهز المقاتل من الباطن أو العامل رب العمل بالوفاء حتى ينزل يد المقاتل الأصل، وليس من الضروري أن يسبق ذلك حيز تحت يد رب العمل (استئناف مخطط ٥ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٤٥).

ولا يجوز للمقاتل من الباطن أو العامل أن يرجع على المقاتل الأصل الذي استوفى حقه من رب العمل قبل الإنذار بالوفاء، بحجة أن المقاتل الأصل قد أثرى على حسابه دون سبب، فإن المقاتل الأصل قد قبض ما يستحقه بموجب عقد المقاتلة الأصل وهذا هو السبب في إثرائه، فلا يكون إثرائه إذن دون سبب (نقض فرنسي ٢ مايو سنة ١٩٣٨ سير - ١٩٣٨ - ١ - ٢٤٧ - أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٢١ هامش ٤٤).

(٣) ويستطيع رب العمل أن يحتج بحال المقاتل من الباطن كل هذه النسخ لو أنه، في -

ثم يقع بعد ذلك أن ينلزم المفاوض من الباطن أو العامل رب العمل بالوفاء تمهيداً لرفع الدعوى المباشرة عليه . ولا يحتاج ، حتى يمكنه رفع هذه الدعوى ، أن يرجع أولاً على المفاوض الأصلي ، وليس من الضروري أن يكون المفاوض الأصلي معسراً ، فقد يكون موسراً ومع ذلك يتركه المفاوض من الباطن أو العامل ويرفع الدعوى المباشرة على رب العمل^(١) . ومن وقت الإنذار بالوفاء يمتنع على المفاوض الأصلي أن يتصرف في حقه ، ويكون هذا التصرف غير ساري حق المفاوض من الباطن أو العامل . فإذا وفى رب العمل المفاوض الأصلي حقه كله أو بعضه ، فإن هذا الوفاء لا يسرى في حق المفاوض من الباطن أو العامل ، بل إن هذا الأخير يتقاضى من رب العمل الحق كله في حدود ما له في ذمة المفاوض الأصلي ، ويرجع رب العمل على المفاوض الأصلي بما دفعه للمفاوض من الباطن أو العامل^(٢) . كذلك لا يجوز المقاصة بين حق المفاوض الأصلي في ذمة رب العمل ودين في ذمته له من وقت رفع الدعوى المباشرة . ومن ذلك الوقت أيضاً لا يجوز للمفاوض الأصلي لإبراء رب العمل .

ويخلص من ذلك أن المفاوض من الباطن أو العامل ، متى رفع الدعوى المباشرة على رب العمل ، أمكنه أن يحصل من طريق هذه الدعوى على جميع ما هو مستحق في ذمة رب العمل للمفاوض الأصلي وقت الإنذار بالوفاء ، وذلك

= « دتر الشروط مثلا ، اشترط لمصلحة هؤلاء العمال على المفاوض الأصل أن يدفع هذا الأخير لهم أجورهم . فيكون هناك اشتراط لمصلحة الغير ، بموجبه يرجع مال المفاوض من الباطن على المفاوض الأصل مباشرة بأجورهم ، ولا يستطيع المفاوض الأصل أن يجتج عليهم بأنه سبق أن وفى المفاوض من الباطن كل ما يستحقه ولو كان هذا الوفاء قد وقع قبل رفع العمال الدعوى المباشرة على المفاوض الأصل : كذلك لا يستطيع المفاوض الأصل أن يجتج على العمال بحجز وقته دائره المفاوض من الباطن تحت يده أو بمقاصة وقته ، حتى لو كان الحكم بصحة الحجز أو بقرع المقاصة قد حصل قبل رفع الدعوى المباشرة . ولكن يجب أن يكون معنى الاشتراط لمصلحة الغير واقعاً ، فلا يمكن أن يشترط رب العمل أن يدفع المفاوض من الباطن له مال أجورهم بانتظام (انظر في هذه المسألة بلافيلور وبريبر ودرواست ١١ فقرة ٩٦٧ ص ٢١٤ - نفقثي فرنسي ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٣٢٤) .

(١) محمد ليب شطب فقرة ١٣٤ ص ١٥٨ - وإذا أنكر المفاوض الأصل فقدم المفاوض من الباطن أو العامل في تفليسه ، فإن هذا لا يمنعه من الرجوع أيضاً بالدعوى المباشرة على رب العمل ، حتى يستوفى جميع حقوقه من التفليسة ومن رب العمل (باريس ١٧ أغسطس سنة ١٨٦٣ دالوز ٦٣ - ٢ - ١٥٠ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٨) .

(٢) حتى لو كان الوفاء للمفاوض الأصلي واقعاً على حق مستحق الأداء .

في حدود ما هو مستحق له في ذمة المقاول الأصلي . فيتوقى بذلك مزاحمة سائر دائني المقاول الأصلي ، وهذه هي المزية الكبرى للدعوى المباشرة^(١) .

وبستطيع أيضاً أن يحصل على هذه المزية ، فيتجنب مزاحمة دائني المقاول الأصلي ، لو أنه بدلا من رفع الدعوى غير المباشرة وقع حجزاً تحت يد رب العمل على ما في ذمة هذا الأخير للمقاول الأصلي^(٢) . فإنه في هذه الحالة يكون له حق امتياز ، يتقدم به على سائر دائني المقاول الأصلي . وعمل هذا الامتياز هو المبلغ الذي يكون في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي وقت توقيع الحجز^(٣) ، والحق الممتاز هو للمقاول من الباطن أو العامل في ذمة المقاول الأصلي^(٤) . فيقتاضى المقاول من الباطن أو العامل حقه الممتاز من المبالغ التي في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي وقت توقيع الحجز ، متضمناً على سائر دائني المقاول الأصلي^(٥) فلا يستطيع هؤلاء أن يزاوموه . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٢٦٢ مدني سالفة الذكر في هذا المعنى : « ولم (للمقاولين من الباطن وعمالهم وعمال المقاول الأصلي) في حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز ، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه . ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة » . فقبل توقيع الحجز تحت يد رب العمل^(٦) ،

(١) أما المقاولون من الباطن والعمال فيتزاحون فيما بينهم ، فلو تمدد هؤلاء ورفعوا جميعاً الدعوى المباشرة ولم يكن ما في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي من جميع حقوقهم ، قسموا ما يحصلون عليه من رب العمل قسمة الغرماء فيما بينهم ، كل بنسبة حقه . ويستوى في ذلك أن يتزاسم المقاولون من الباطن ، أوهم وعمال المقاول ، أو هؤلاء جميعاً معهم عمال المقاولين من الباطن .

(٢) فإذا كان المطالب هو حامل للمقاول من الباطن ، فإنه يوقع الحجز تحت يد رب العمل ، أي تحت يد مدين مدين مديته خلافاً للقواعد المقررة في الحجز تحت يد الغير .

(٣) وحق الامتياز موجود بحكم القانون ، فالحجز لا يوجبه . ولكن فائدة الحجز هي في تحديد محل الامتياز (محمد ليب شنب فقرة ١٣٤ ص ١٥٩) .

(٤) أو هو ما لعمال المقاول من الباطن في ذمة المقاول من الباطن ، يرجعون به ، كما قلنا ، إما لعمال المقاول الأصلي في حدود ما في ذمة المقاول من الباطن ، وإما لرب العمل في حدود ما في ذمة المقاول الأصلي .

(٥) قارن محمد ليب شنب فقرة ١٣٤ ص ١٦٠ .

(٦) أو تحت يد المقاول الأصلي في حالة عمال المقاول من الباطن .

يستطيع رب العمل أن يوفى المقاول الأصلي^(١) ما لهذا في ذمته . ولكن من وقت توقيع الحجز تحت يده ، يجب عليه أن يوفى أولاً حقوق المقاولين من الباطن والعمال ، مقدماً لإياهم على سائر دائني المقاول الأصلي حتى لو حجز هؤلاء تحت يده . فإذا لم يف مافي ذمته للمقاول الأصلي بحقوق المقاولين من الباطن والعمال ، قسم هؤلاء الدين بينهم قسمة غرماء ، كل بنسبة حقه ، ولم يأخذ سائر دائني المقاول الأصلي شيئاً حتى لو كانوا قد حجزوا هم أيضاً تحت يد رب العمل . ويجوز لرب العمل ، دون انتظار لاستصدار أمر من القاضي ، أن يؤدي هذه المبالغ مباشرة للمقاولين من الباطن والعمال على النحو السالف الذكر^(٢) .
 بقي أن نواجه فرضاً آخر ، هو أن ينزل المقاول الأصلي عن حقه في ذمة رب العمل عن طريق حوالة الحق ، وكانت القواعد العامة تقتضي بأن هذه الحوالة تسري في حق المقاول من الباطن أو العامل إذا صارت نافذة في حق الغير (بقبول المال عليه أو بإعلانه) قبل إنذار رب العمل بالوفاء في حالة استعمال الدعوى المباشرة ، وقيل توقيع الحجز في حالة استعمال حق الامتياز^(٣) .
 ولكن الفقرة الأخيرة من المادة ٦٦٢ مدني سائلة الذكر تنص على ما يأتي :

(١) أو المقاول من الباطن في حالة حال المقاول من الباطن .

(٢) وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٦٦٢ مدني : « ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة » . وكان المشروع التمهيني لهذا النص يجري على الوجه الآتي : « ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة دون حاجة إلى استصدار أمر من القاضي » . فسلطت عبارة « دون حاجة إلى استصدار أمر من القاضي » في لجنة المراجعة دون أن يبين سبب الحذف ، والغالب أن يكون الحذف لعدم الحاجة إلى العبارة المنقولة ، فبين للمعنى بالرغم من حذف العبارة (مجموعة الأعمال التضييعة » ص ٥٣ - وانظر كفاً فقرة ١٣١ في هامش) .

ونرى ما تقدم أن للمقاول أو الباطن أو العامل دعوى مباشرة وحق امتياز ، وقد كان أحدهما يعني من الآخر ، فيستفي مثلاً بحق الامتياز من الدعوى المباشرة . ومزية حق الامتياز على الدعوى المباشرة تظهر فيما إذا لم يكن المقاول من الباطن أو العامل إلا الدعوى المباشرة ، ورفع دائن آخر للمقاول الأصلي الدعوى غير المباشرة على رب العمل فوق له هذا الأخير بما في ذمته للمقاول الأصلي . في هذه الحالة لا يملك المقاول من الباطن أو العامل - وليس له إلا الدعوى المباشرة وقد ضاعت عليه إذ لم يرفضها قبل وفاء رب العمل بما في ذمته للمقاول الأصلي - إلا أن يشترك مع الدائن الآخر فيقسما الحق بينهما قسمة غرماء . وهذا بخلاف ما إذا كان للمقاول من الباطن أو العامل حق امتياز بدلا من الدعوى المباشرة ، فإنه في هذه الحالة يتقدم على الدائن الآخر (انظر الوسيط ٢ فقرة ٥٥٥ ص ٩٧٩ هامش ١) .

(٣) انظر في هذا المعنى الوسيط ٢ فقرة ٥٦٦ .

« وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل ». ويؤخذ من هذا النص أن الحوالة لا تسرى في حق المقاول من الباطن أو العامل ، ولو كان نفاذها سابقاً على الإنذار بالوفاء أو على توقيع الحجز ، بل يقدم في جميع الأحوال حق المقاول من الباطن أو العامل على حق المحال له . ويقطع في صحة هذا التفسير أن المذكرة الأيضاحية للمشروع التمهيدى تقول في صدد الفقرة الثالثة السابقة الذكر ما بآتي : « والفقرة الثالثة تقرر ما جرى عليه قضاء محكمة الاستئناف المختلطة »^(١) . وقد جرى قضاء محكمة الاستئناف المختلطة في عهد التتبعين المدنى القديم بهذا المعنى ، فقضت هذه المحكمة في دوائرها المختصة بتقديم المقاول من الباطن على المحال له حتى لو كانت الحوالة سابقة على الحجز^(٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٣ - وانظر أيضاً فقرة ١٣٠ في المادش .

(٢) استئناف مختلط (الدوائر المختصة) ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٦١ - وانظر استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢١٦ - ١٨ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٣٥ - ١٢ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٣ - ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٢ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٦٩ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٥٢ - ٥ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٤٥ - ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٢ - الوسيط ٢ فقرة ٥٥٧ ص ٩٨٣ - محمد لييب شطب فقرة ١٣٤ ص ١٦٠ - ص ١٦١ .

الفصل الثالث

اتهاء المقاولة

١٣٣ - يبين أسباب انتهاء المقاولة : تنهى المقاولة الانتهاء المألوف بتنفيذها . وتنتهى كذلك ، قبل تنفيذها ، وفقاً للقواعد العامة . وهناك أخيراً . سبيان لانتهاء المقاولة خاصان بها .

١٣٤ - الانتهاء المألوف بتنفيذ المقاولة : الانتهاء المألوف لعقد المقاولة يكون بتنفيذ هذا العقد ، فينفذ رب العمل التزاماته من تمكين المقاول من إنجاز العمل وتسليمه لرب العمل^(١) . ولا يتخلف بعد ذلك إلا التزام المقاول بالضمان . فطبقاً لالتزام المقاول بضمان عيوب الصنعة والعيوب الخفية في المادة التي قدمها مدة قصيرة أو مدة سنة بعد تسلم العمل ، ويبقى ضمان المقاول لعيوب البناء والمشتات التابعة الأخرى مدة عشر سنوات من وقت التسلم على النحو الذي يسطناه تفصيلاً فيما تقدم .

وقد تنتهى المقاولة بانقضاء المدة ، ويكون هذا تنفيذاً مألوفاً لها . والمدة ليست عنصراً أساسياً في عقد المقاولة كما هي في عقد الإيجار ، ولذلك ليست لها من الأهمية هنا ما لها هناك . ومع ذلك قد يقرن عقد المقاولة بمدة معينة ينجز في أثنائها العمل . وقد تكون هذه المدة عنصراً أساسياً في المقاولة بحيث تجعلها عقداً زمنياً . مثل ذلك أن يتعاقد رب العمل مع شركة لصيانة آلات ميكانيكية أو أجهزة كهربائية ، كصيانة المصعد أو السيارة أو الآلات الزراعية أو أجهزة الكهرباء أو أجهزة تكييف الهواء ، لمدة سنة . فالعقد هنا عقد

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل في عقد استئجار الصانع لرب العمل ، بالمقاولة على العمل كله أو بأجرة معينة على حسب الزمن الذي يعمل فيه أو على حسب العمل الذي يعمل به ، أنه يجرى مجرى باقي العقود التي تنقضي الالتزامات المتولدة منه على الصانع ورب العمل ، بتسليم الشيء المصنوع مقبولا وتسلم رب العمل بنفسه منه (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٩ المجلة ١٩ رقم ٤٤٠ ص ١٠٧) .

مقاولة لمدة سنة ، والزمن عنصر جوهري فيه . وتنتهى المقاولة بانقضاء مدتها^(١) ، ويجوز تجديدها تجديداً صريحاً أو تجديداً ضمنياً : والتجديد الضمني يكون على الوجه الذى يجدد به عقد الإيجار. تجديداً ضمنياً ، وقد سبق بحث ذلك فى عقد الإيجار^(٢) . إلا أنه إذا جددت المقاولة تجديداً ضمنياً ، وب نفس الشروط السابقة ، فإنها تجدد لمدة غير معينة ، ويكون لكل من المتعاقدين إنهاء المقاولة فى أى وقت بعد إخطار يراعى العرف فى تحديد مدته^(٣) .

١٣٥ - الانتهاء قبل التنفيذ وفقاً للقواعد العامة - نص قانونى :

وقد ينتهى عقد المقاولة قبل تنفيذه انتهاء غير مألوف ، ولكنه انتهاء يتفق مع القواعد العامة . وأهم أسباب انتهاء المقاولة قبل تنفيذها وفقاً للقواعد العامة هى استحالة التنفيذ والفسخ والتقابل .

ولم يعرض التقنين المدنى لهذه الأسباب مكثفاً بتطبيق القواعد العامة ، فيما عدا السبب الأول منها وهو استحالة التنفيذ ، فقد نص عليه نصاً صريحاً حتى يعرض بعد ذلك لما يترتب على استحالة التنفيذ الراجع لهلاك الشيء من تحمل الثبئة^(٤) . فنصت المادة ٦٦٤ من التقنين المدنى على ما يأتى : « ينقضى عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه^(٥) . وليس هذا النص إلا

(١) وقد نصت المادة ٦٤٢ من تقنين الموجبات والمقود البناني على أن « تنتهى إجازة الخلعمة أو الصناعة : أولاً - بانقضاء المدة المتفق عليها أو بإتمام العمل . ثانياً - ... » .

(٢) انظر الوسيط ٦ فى التجديد الضمنى لعقد الإيجار .

(٣) ومع ذلك قد قضى بأن التجديد الضمنى يكون لنفس المدة السابقة (استئناف غلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٨) - انظر فى هذه المسألة بوردوى وقال ٢ فقرة ٤١٠٦

مكررة - محمد لبيب شنب فقرة ١٤٩ ص ١٨٢ .

(٤) ولكن حلف من النص فى مراحله التشريعية ، كما سرى ، الجزء الخاص بتحمل الثبئة اكتفاء بالقواعد العامة ، فبى النص مقصوداً على تقرير انقضاء المقاولة باستحالة تنفيذ العمل .

(٥) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٨٢ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتى : « ١ - إذا كان المفاوض مستمداً لتنفيذ العمل ، ثم استحال التنفيذ لسبب يرجع إلى رب العمل ، ولكنه سبب تتوافر فيه شروط الحادث الفجائى ، كان المفاوض الخلق فى من ما أنجز من عمل وفى استرداد ما أتفق من مصروفات لم تدخل فى هذا المثل ٢ - ويجوز فى هذه الحالة لرب العمل أن ينقص ما يوفيه المفاوض قيمة ما اقتصد هذا من جراء عدم إتمام العمل . ٣ - أما إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى خطأ من رب العمل ، فالمفاوض أن يطالب فرق ذلك بالتعويض . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة على الوجه الآتى : « ١ - تنتهى المقاولة باستحالة تنفيذ العمل -

تطبيقاً للبدء العام في انقضاء الالتزام الذي تقررته المادة ٣٧٣ مدني إذ تقول : « ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي لا بد له فيه » . فإذا أثبت المداول أن العمل المعهود به إليه قد أصبح مستحيلاً بسبب أجنبي ، كأن كان العمل رسماً فنياً لا يقوم به إلا هو ثم أصيب بما يجعل تنفيذ العمل مستحيلاً عليه كأن قطعت يده التي يرمم بها أو فقد بصره ، أو كان العمل إجراء عملية جراحية عاجلة لاحتتمل الإبطاء فأصيب الطبيب بمرض مفاجئ يمنعه من إجراء العملية ، أو كان العمل إعطاء دروس للإعداد لامتحان معين وبعد إعطاء بعض هذه الدروس مرض المدرس مرضاً استغرق الوقت الباقي لحلولة موعد الامتحان ومنعه المرض من المضي في إعطاء

= المقود عليه ٢ - وإذا كان التنفيذ قد استحال لسبب قهري ، فلا يمرض المداول إلا بقدر ما انتفع به رب العمل على النحو المبين في المادة ٨٨٨ (م ٦٦٧ مدني) . أما إذا استحال خطأ المداول ، فإنه يرجع بالتعويض المتقدم ولكنه يكون مسئولاً عن خطأه . وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ رب العمل ، فإن أحكام المادة السابقة (م ٦٦٣ مدني) هي التي تسري . وأصبحت المادة رقمها ٦٩٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٦٩٢ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية اكتفاء بالقواعد العامة ، واستبدلت بمادة « ينقضي عقد المقالة » بمادة « تنهى المقالة » الواردة في صدر الفقرة الأولى ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد ، وصار رقمه ٦٦٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدله لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٧ - ص ٥٩) .

ولا مقابل لنص في التفتين المدني القديم ، ولكن النص ليس إلا تقريراً لقواعد العامة . ويقابل النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدني السوري م ٦٣٠ (مطابق) .

التفتين المدني الليبي م ٦٦٣ (مطابق) .

التفتين المدني العراقي م ٨٨٦ : ١ - تنهى المقالة باستحالة تنفيذ العمل المقود عليه .

٣ - وإذا كان التنفيذ قد استحال لسبب قهري ، فلا يمرض المداول إلا بقدر ما انتفع به رب العمل على النحو المبين في المادة ٨٨٩ . أما إذا استحال خطأ المداول ، فإنه يرجع بالتعويض المتقدم ولكن يكون مسئولاً عن خطأه . وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ رب العمل ، فإن أحكام المادة السابقة هي التي تسري . (ونص التفتين العراقي مطابق لنص المشروع النهائي للتفتين المصري ، وتتفق أحكامه مع أحكام التفتين المصري) .

تفتين الموجبات والمقود البياني م ٦٤٣ : تنهى إجابة الخدمة أو الصناعة : أولاً - ..

ثانياً - .. ثالثاً - باستحالة إجراء العمل لسبب قوة قاهرة . (وأحكام التفتين البياني تتفق مع أحكام التفتين المصري) .

الدروس^(١) ، ففي جميع هذه الأحوال ينقضى التزام المقاول باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي ، وينقضى التزام رب العمل المقابل له وينفسخ عقد المقاولة من تلقاء نفسه تطبيقاً لأحكام المادة ١٥٩ مدنى التى تنص بأنه « فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذ ، انقضت معه الالتزامات المتبادلة له : وينفسخ العقد من تلقاء نفسه » . ومتى انتهى عقد المقاولة بالانفساخ على هذا الوجه ، استحق المقاول تعويضاً ، لا بموجب عقد المقاولة انتهت ، ولكن بموجب مبدأ الإثراء بلا سبب . وقد فصلت المادة ٦٦٧ مدنى ذلك فى خصوص موت المقاول ، بعد أن ألحقت به أن يصبح المقاول عاجزاً عن إتمام العمل لسبب لا يدره فيه ، فقالت : ١٥ - إذا انقضى العقد بموت المقاول ، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ماتم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم ، وذلك بقدر النفع الذى يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات . ٢ - ويجوز لرب العمل فى نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التى تم إعدادها والرسوم التى بدئ فى تنفيذها ، على أن يدفع عنها تعويضاً عادلاً . ٣ - وتسرى هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المقاول فى تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يدره فيه . وسنعود إلى بحث هذا النص عند الكلام فى موت المقاول . ونكتفى هنا ، فيما نحن بصدد ، بأن نقول إن المقاول فى الأمثلة السالفة الذكر يقتضى تعويضاً من رب العمل أقل القيمتين ، قيمة ما أنفق من ماله ووقته وقيمة ما استفاد به رب العمل^(٢) . فالرسم ، إذا كان

(١) ومثل ذلك أيضاً أن يكون العمل فى حاجة لرخصة إدارية واستتمت الإدارة من إعطاء هذه الرخصة ، أو تكون الأرض التى تراد إقامة البناء عليها قد نزع ملكيتها بالنفقة العامة (يودى وقال ٢ فقرة ٤٠٨٥) .

(٢) وقد كان المشروع النهائى المادة ٦٦٤ مدنى يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « وإذا كان التنفيذ قد استحال لسبب تهرى ، فلا يعرض المقاول إلا بقدر ما أنفق به رب العمل على التحويلات المبين فى المادة ٨٨٨ (م ٦٦٧ مدنى) . أما إذا استحال بطلان المقاول ، فإنه يرجع بالتعويض المتقدم ، ولكنه يكون مستولاً عن خطأ . وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ رب العمل ، فإن أحكام المادة السابقة (م ٦٦٣) هى التى تنرى » . وقد حلت هذه الفقرة فى مجلس الشيوخ « اكتفاء بالقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٨ - ص ٥٩ . وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) .

وتطبيق القواعد العامة يؤدى ، فى حالة استحالة التنفيذ لسبب تهرى ، إلى الأحكام التى يسطرها فى المتن . أما فى حالة الاستحالة بطلان المقاول ، فإنه يجوز لرب العمل طلب فسخ العقد مع

قد أنجز جزءاً من عمله ذا قيمة فنية ، يتقاضى قيمة هذا الجزء من رب العمل ويسلمه إياه ، والمدرس يتقاضى أجراً عادلاً عن الدروس التي أعطاها قبل مرضه ، وهكذا . أما إذا كانت المقاولة تقتضى استخدام شيء للعمل فيه وهلك هذا الشيء بسبب أجنبي ، فقد رأينا المادة ٦٦٥ ملغى تجعل تبعة هذا الهلاك قبل تسليمه على المقاول ، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها . وقد سبق أن بحثنا هذه المسألة تفصيلاً عند الكلام في تبعة هلاك الشيء قبل التسليم ، فتحيل هنا إلى ما قدمناه هناك^(١) .

يبي من أسباب انتهاء المقاولة قبل تنفيذها الفسخ والتقابل .

أما الفسخ ، فكالاتفاسخ فيها قدمناه ، ينهى العقد قبل تنفيذه . ويجوز طلب فسخ المقاولة إذا أحل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ، وفقاً للقواعد المقررة في فسخ العقود الملزمة للجانبين . فإذا أحل المقاول بأحد التزاماته ، كأن لم ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها أو التي تقتضى بها أصول الصناعة ، أو تأخر

= التصويض إذا كان له مقتضى ، أو طلب التنفيذ عن طريق التصويض لاستحالة التنفيذ المبني . وفي حالة الاستحالة بغير ريب العمل ، يجوز القول بأن رب العمل يكون في حكم من تحلل من العقد بإرادته المفردة ، ومن ثم تسمى أحكام المادة ٦٦٣ ملغى على الوجه الذي سنبيته فيما يلي . ولا يعتبر إفلاس أحد الطرفين قوة قاهرة تمنع من التنفيذ (استثناء غلط ٢٠ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٧٣) ، بل يستمر تنفيذ العقد بواسطة سندك الطرف المفلس ، وإذا امتنع السندك عن التنفيذ جاز الطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد مع التصويض (بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٨٢ - فقرة ٤٠٨٣ - بلانويول ودويرير ورواست ١١ فقرة ٩٣٨) . وإذا أفلس المقاولة وكان هو الذي قدم المادة إلى استخدامها في العمل ولم يتم العمل قبل الإفلاس ، فإنها تبقى ملكاً للمقاولة (انظر أنفاً فقرة ٤٠) ، ولا يجوز لرب العمل أن يستردها من التخلية حتى لو كان دفع الأجر كله مقدماً (انظر بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٨٣ : ويذهب إلى أن المبرة يتسلم رب العمل لا بإنجاز العمل ، فقبل التسليم يبقى الشيء ملكاً للمقاولة) . وقد نصت المادة ٨٩٠ من التشريع المدني العراقي ، في خصوص إفلاس رب العمل ، على ما يأتي : « إذا أشهر إفلاس رب العمل ، جاز للمقاولة أو لوكيل التخلية أن يفسخ العقد دون أن يكون لأي منهما حق المطالبة بتصويض من هذا الفسخ » . وقد ورد في دليش رح التمهيلي للتقنين المدني المصري نص مماثل لنص التقنين المدني العراقي ، هو المادة ٨٨٩ من هذا المشروع (مشروع تنقيح التقنين المدني - مذكرة إيضاحية - المقود المسماة ص ٨٨٩ . وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التصغيرية) .

وانظر في أن يبيع أحد الطرفين محل عمله (fonds de commerce) أو توقفه عن مزاولة أعماله هو ، كإفلاس ، لا يكون سبباً في انتهاء المقاولة : بودرى وقال فقرة ٤٠١٦ .

(١) انظر أنفاً فقرة ٥٣ - فقرة ٥٥ .

في تسليم العمل ، أو ظهر في العمل عيب خفي واجب الضمان ، جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد ، والمحكمة تقدر هذا الطلب ، فإن أجبته فسخ عقد المقاولة واعتبر كأن لم يكن . وإذا أخل رب العمل بأحد التزاماته ، كأن امتنع عن تمكين المقاول من إنجاز العمل أو عن تقليل العمل وتسليمه أو من دفع الأجر ، جاز للمقاول هو أيضا أن يطلب فسخ العقد . وقد بسطنا وجوه الفسخ تفصيلا ، كل وجه في موضعه ، ونكتفي هنا بالإحالة على كل ذلك^(١).

وقد ينتهي عقد المقاولة قبل تنفيذه بالتقابل . فيتفق المقاول ورب العمل على أن يتحلل كل منهما من العقد بإرادتهما المشتركة ، وكما انعقدت المقاولة يراضى الطرفين فلأنها تنتهي كذلك براضيهما^(٢) . ويغلب أن يسوى المتعاقدان الحساب فيما بينهما باتفاق يضمنانه التقابل ، فإذا سكنا عن ذلك فإن المبادئ العامة ، وأخصها مبدأ الإثراء بلاسبب ، تتكفل بتسوية الحساب .

١٣٦ — سيباه لمرتهاء فاصاه بالمقاولة : ويبقى بعد ذلك سيبان للاستاء خاصان بعقد المقاولة ، وقد وردت في شأنهما نصوص خاصة في التقنين المدني : (السبب الأول) هو تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة . (والسبب الثاني) موت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار . ونظراً لأهمية هذين السببين ، تخصص لكل منهما مبحثاً مستقلاً .

المبحث الأول

تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة

١٣٧ — نص قانوني : تنص المادة ٦٦٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

(١) وقد نصت المادة ٦٤٣ من تقنين الموجهات والمقود الباني حل « تنتهي إجازة قائمة الخسمة أو الصناعة : أولاً - . . . ثانياً - بصدر حكم من القاضي بفسخ العقد في أحوال معينة في القانون . ثالثاً - . . . » - والمستكة ، عند فسخ العقد ، أن تعطى تمويضاً للطرف الذي طلب للفسخ عما أصابه من ضرر بسبب الفسخ ، مع مراعاة ما أنجزه المقاول من الأعمال قبل الفسخ وتمويضه عنها تمويضاً عادلاً (بودرى وثال ٢ فقرة ٤٠٨٧ - فقرة ٤٠٨٨ - بلانويل وريبير جوراست ١١ فقرة ٩٣٨ - فقفى فرنسي ٣ سبتمبر سنة ١٩٤٠ جازيت دي باليه ١٩٤٠ - ٢ - ٨٨ - مجلس الدولة الفرنسي ٣ نوفمبر سنة ١٨٩٣^١ ميرييه ٩٤ - ٣ - ١٣٢) .

(٢) بودرى وثال ٢ فقرة ٤٠٨٤ - بلانويل وريبير جوراست ١١ فقرة ٩٣٨ .

- ١١ - لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أي وقت قبل إنتمائه ، على أن يعرض المفاوض عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال ، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل .
- ٢٠ - على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق ١٤ فأت المفاوض من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا ، ويضمن عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المفاوض قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر^(١).
- ويقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٤٠٧/٤٩٥ م^(٢).
- ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٦٢٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٦٦٢ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٨٨٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٩٣٤ م^(٣).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٨٥ من المشروع التمهيدى على وجه يفتح مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظة فأصبح النص مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٦٦٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٩١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٢ (مجموعة الأعمال التصديرية ص ٥٥ - ص ٥٧) .

(٢) التقنين المدني القديم م ٤٠٧/٤٩٥ : وفي جميع الأحوال يجوز لصاحب العمل أن يوقفه مع أدائه التعويضات اللازمة للمفاوض في مقابلة المصاريف المنصرفة لتهيئة العمل الذي صار لإنتمائه . ولكن إذا استخدم صاحب العمل الصانع أو المفاوض لمدة معينة لم عقد المفاوضة معه على العمل كله ، وجب عليه في حالة إيقاف العمل أن يدفع جميع الربح الذي كان ينتج للمفاوض أو للصانع المذكور من تنفيذ العمل . (وأحكام التقنين المدني القديم تنطبق في مجموعها مع أحكام التقنين المدني الجديد . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « تطابق الفقرة الأولى من المادة ٤٠٧/٤٩٥ من التقنين الحال (القديم) مع تحديد أدخله المشروع عليها . أما الفقرة الثانية فقد قررها المشروع اقتباسا من بعض التقنينات الحديثة مع مراعاة ما ورد في أحكام محكمة الاستئناف الأهلية : ١٩ مايو سنة ١٨٩٢ الحنوق ٩ ص ١٤٨ - ٢٠ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٤ قسم ثان ص ٩٢ رقم ٤٨ - والمختلطة : ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ ب ١١ ص ٢٥١ (مجموعة الأعمال التصديرية ص ٥٦) - والظاهر أن محل دفع رب العمل للمفاوض الربح الذي كان ينتج من تنفيذ المفاوضة ، في التقنين المدني القديم ، هو أن يكون العقد بأجر إجمال (انظر في هذا المعنى استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٥٤) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٢٩ (مطابق) -

١٣٨ - النص تطبيقي للقواعد العامة لو غطت فيه مسابقة طبع

عقد المعاوضة : ويتبين من النص سالف الذكر أن لرب العمل أن يتحلل بإرادته المنفردة من عقد المعاوضة ، لأسباب قد تطرأ في الفترة من الزمن التي لا بد أن تضي بين إبرام العقد وإتمام تنفيذه . فقد يرى رب العمل بعد وضع المعاوضة موضع التنفيذ أن من الخير له المدول عنها والرجوع في العقد ، وقد تتغير الظروف التي أبرم فيها العقد كأن تكون المعاوضة متعلقة ببناء عمارة للاستغلال ثم تصدر قوانين تقيد الأجور فتصبح الصفقة غير رابحة ، وقد يكون رب العمل قد اعتمد على موارد يدفع منها أجر المعاوضة فتتخلف هذه الموارد أو تقصر عن دفع الأجر ، وقد يصاب رب العمل في أثناء تنفيذ المعاوضة بخسارة تجعله عاجزاً عن المضي في تمويل المعاوضة ، وقد يصبح العمل المطلوب أدائه غير مجد لرب العمل . فأجاز القانون ، لسبب من هذه الأسباب أو لأي سبب آخر يبدو وجبها في نظر رب العمل ، أن يرجع هذا الأخير في العقد ويتحلل من المعاوضة ، على أن يعرض المقاول ما تكلفه من نفقات وما فاته من كسب ، وهذا خير له من المضي في العمل إلى نهايته والإنفاق في غير فائدة^(١) . ويبدو لأول وهلة أن النص يقرر مبدأ يخرج به على القواعد العامة ، إذ رب العمل يتحلل بإرادته وحده من عقد ملزم له ، والقاعدة المقررة هي أن « العقد شريعة المتعاقدين » ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون « (م ١٤٧/١ ملني)^(٢) . ولكن عندما

= التفتين المدل الليبي م ٦٦٢ (مطابق) .

التفتين المدل المراق م ٨٨٥ (موافق) .

تفتين الموجبات والمقود البتاني : لا يوجد نص مقابل تماما . وأقرب التصوص في المادة ٦٣٤ من هذا التفتين وتجري على الوجه الآتي : « من التزم بالقيام بعمل أو بخدمة ولم يتمكن من إتمامها لسبب يتعلق بمسأجره ، يحق له أن يتقاضى كل الأجر الذي وعد به إذا كان قد بقى على الدوام قيد تصرف المسأجر ولم يؤجر خدمته لشخص آخر . حل أنه يجوز للمحكمة أن تخفف الأجر المدين بحسب مقتضى الحال » .

(١) داثيد رسالته في عقد الاستصناع ص ١٦٨ - دي باج ٤ فقرة ٩١٤ ص ٧٤٥ -

محمد لبيب شنب فقرة ١٥٤ ص ١٨٨ - ص ١٨٩ .

(٢) وهذا ما قال به كثير من الفقهاء (لوران ٢٦ فقرة ١٧ - جوار ٢ فقرة ٨٠٦ -

تأمل الخزاء على رجوع رب العمل في العقد ، وهو أن يعرض المفاوض ما تكبده من خسارة وما فاته من كسب ، نرى أن ذلك يؤدي إلى أن رب العمل ، وقد أجاز له القانون أن يعدل عن تنفيذ العقد تنفيذاً عينياً بإتمام العمل محل المفاوضة ، لم يفحه مع ذلك من تنفيذ العقد عن طريق التعويض ، فهو ملزم بدفع تعويض كامل بعنصره مجتمعين: ما تجشمه المفاوضة من خسارة وما فاته من كسب. فلو أن النص سالف الذكر لم يوجد ، ووقف رب العمل بتنفيذ المفاوضة لسبب قام به ، لكانت القواعد العامة تقضي بأن يكون للمفاوض الحق في طلب التنفيذ العيني والمضي في تنفيذ العمل فيقتاضى الأجر كاملاً ، ويجوز كذلك بدلا من التنفيذ العيني أن يطلب التنفيذ بطريق التعويض فيقتاضى ما تجشمه من خسارة وما فاته من كسب. ولما كانت طبيعة عقد المفاوضة تأتي على المفاوض أن يتمسك بطلب التنفيذ العيني ، إذ لا مصلحة له في أن يتم العمل حيناً والمصلحة في ذلك إنما هي لرب العمل ، ومصلحة المفاوض في أن يتقاضى التعويض كاملاً ، فقد أقتل القانون في وجهه باب التنفيذ العيني إذ لا مصلحة له فيه ، وأبقى باب التعويض مفتوحاً يدخل منه إلى تنفيذ العقد على الوجه الذي يتفق مع مصلحته. وإذا ثبت أن للمفاوض مصلحة أدبية في إتمام العمل ، فسرى أن القانون يسمح أيضاً بتعويضه عن هذه المصلحة. فالنص إذن يؤول في النهاية إلى أنه تطبيق للقواعد العامة بما يساير طبيعة عقد المفاوضة بالنسبة إلى المفاوض^(١). أما بالنسبة إلى رب العمل فالأمر يختلف ، فإن هذا له مصلحة محقة في أن يتم العمل وهو من أجل هذا قد أبرم عقد المفاوضة ، ومن ثم لم يجز القانون للمفاوض أن يرجع في عقد المفاوضة ببلوادته المفردة كما أجاز ذلك لرب

= بوردوي ٢ ققرة ٨٠٩٢ - بلانويل وريير ورواست ١١ ققرة ٩٣٧ ص ١٧٧ - ولكن قارن كولييه دي سانتير ٧ ققرة ٢٤٧ مكررة - ٢ - هيك ١٠ ققرة ٤٣٠ - دي باج ١ ققرة ٩١٤ . (١) ووصل الأستاذ محمد ليبب شب إلى نفس النتيجة عن طريق نظرية الجهد المبذور المبذور فيقول : « ... الدائن لا يستطيع أن يطالب بتعويض الأضرار التي كان في استطاعته أن يحققها ببذل جهد معقول (م ١/٢٢١) ، فذلك يفرض عليه التزاماً يتخفيف الضرر ، وفقاً لهذا الالتزام لا يجوز للمفاوض أن يرضى في تنفيذ العمل بعد علمه بإصرار رب العمل على الانحطال من العقد - حدوده له ، وذلك إذا كان من شأن هذا الإصرار أن يزيد في الأضرار التي تسببها . فإن استمر في التنفيذ رغم ذلك ، لم يحق له تقاضى تعويض عن هذه الأضرار على أساس أنه كان في وسعه توقُّعها » (محمد ليبب شب ققرة ١٥٤ ص ١٨٩ - وانظر أيضاً بحثه في نظرية الجهد المبذور مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٢ ص ٢٩٣ - ص ٢٩٤) .

العمل ، بل جعل لهذا الأخير الحق في إجبار المقاول على التنفيذ العيني دون أن يقتصر على التنفيذ بطريق التعويض^(١) .

يقى أن الفقرة الثانية من المادة ٦٦٣ مدنى سائلة الذكر تجيز تخفيض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب ، بل وتوجب إنقاص هذا التعويض بمقدار ما يكون المقاول قد اقتصد به من جراء عدم إتمام تنفيذ العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر . وليس في هذا أيضاً لإلتطبيق للقواعد العامة . فإنه عند حساب الخسارة التي تحملها المقاول من جراء عدم إتمام تنفيذ المقاولة ، يجب أن يستزل ما لم يتحمله فعلاً من هذه الخسارة بسبب وقف تنفيذ المقاولة وعدم المضي في إنجاز العمل . وفي حساب الكسب الذي فات المقاول ، يجب أن يستزل كذلك ما لم يفته فعلاً إذا كان قد استخدم وقته في أمر آخر عاد عليه بكسب معين . والذي يقطع في ذلك أن القضاء ، في عهد التقنين المدني القديم الذي لم يشتمل على نص مماثل للفقرة الثانية سائلة الذكر ، كان يجري هذا الحكم باعتباره مجرد تطبيق للقواعد العامة^(٢) .

بعد هذا التمهيد . نتكلم ، في صدد المادة ٦٦٣ مدنى ، في المسائل الآتية :

(١) ما يشترط لتحلل من المقاولة بزيادة مفردة . (٢) ما لا يشترط لإمكان هذا التحلل . (٣) كيف يقع التحلل . (٤) ما يترتب على التحلل من النتائج .

(١) انظر فيما يذهب إليه بعض الفقهاء من أنه قد يكون المقاول مصلحة في الرجوع في عقد المقاولة بإرادته اذ قد يتبين أن للمقاولة صفقة خاسرة بالنسبة إليه : بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٠٦ . لكن وضع المسألة حل هذا الوجه ليس صحيحاً ، فتح الرجوع إنما أعطى لرب العمل ، لأنه قد يرى الصفقة خاسرة إذ هو سيفزع تعويضاً كاملاً كما قد نمتنا فيتحلل لكل الخسارة ، وإنما أعطى له حق الرجوع لأن إتمام العقد به وحده دون المقاول ، فإذا رأى لأسباب صحت عنده ألا مصلحة له في إتمام العمل جاز له وقف تنفيذه ، ولا يحق للمقاول إجباره على إتمام التنفيذ بعد أن تقاضى التعويض كاملاً .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة في هذا المعنى بأنه لتحديد مقدار الكسب الذي فات المقاول ، لا يجوز التسك بفرق حساب بين أسعار التكلفة والأجر المتفق عليه ، إذ أن المقاول لم يؤد فعلاً عما يقابل هذا الفرق ولم يتحمل أية تيمة منه ، فتبقى المدالة إذن بتخفيض مقدار هذا الكسب الاحتمال (استئناف مخططة ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٥١) . وانظر أيضاً استئناف وطني ١٩ مايو سنة ١٨٩٢ المحقوق ٩ ص ١٤٨ - ٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٤٨ ص ٩٢ .

١٣٩ - ما يسترط بمطالبة التحلل معه المقاولة بإدارة منفردة :

يقين من نص المادة ٦٦٣ مدنى سالفه الذكر أن هناك شروطاً أربعة لإمكان التحلل من المقاولة بإدارة منفردة .

(الشرط الأول) أن يكون العمل على المقاولة لم يتم^(١) . فإن العمل إذا كان قد تم لم تعد هناك فائدة من إمكان التحلل من عقد المقاولة ، لأن رب العمل إذ ذاك يلتزم بدفع الأجر كاملاً على سبيل التعويض ، فأولى أن يدفعه أجراً على عقد تم تنفيذه . ويثبت الحق في التحلل من المقاولة منذ إبرام العقد ، حتى لو لم يبدأ العمل^(٢) ، بل إن التحلل قبل البدء في العمل أبسر على رب العمل إذ يكون التعويض المستحق للمقاول أقل . ويبقى الحق في التحلل قائماً ، حتى بعد البدء في العمل والمضى فيه إلى ما قبل إتمامه . فإذا أتمه المقاول وأعلن رب العمل أن يتسلمه ، انقطع حق رب العمل في التحلل من المقاولة بعد هذا الإعذار^(٣) .

(الشرط الثانى) أن يكون الطرف الذى يتحلل من العقد هو رب العمل . فالمقاول ليس له الحق في التحلل من المقاولة بإرادته المنفردة ، بل يبقى ملزماً بتنفيذها إلى النهاية ، ويجوز لرب العمل إجباره على التنفيذ العيى دون أن يقتصر على مطالبته بالتعويض^(٤) . ذلك أن لرب العمل مصلحة محققة في هذا التنفيذ العيى دون التعويض ، إذ هو لم يبرم عقد المقاولة إلا للحصول على هذا التنفيذ . فرب العمل إذن هو وحده الذى يملك التحلل من العقد ، في مواجهة المقاول أو في مواجهة ورقة المقاول على ما سئى ، وهو حق شخصى

(١) داليد رساله في عقد الاستعناع ص ١٧٠ - أنيسكلويدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. ١٢٧ - محمد ليب شب فقرة ١٥٦ ص ١٩١ .

(٢) بلانول وريير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ - أنيسكلويدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. ١٢٥ .

(٣) بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٩٧ - بلانول وريير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ - أنيسكلويدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. ١٢٦ - فقرة ١٢٧ - نقض فرنسى ٢٧ يولييه سنة ١٩١٤ سريه مختصر ١٩١٤ - ١ - ١١ .

(٤) هيك ١٠ فقرة ٤٣٠ - جيوار ٢ فقرة ٨٠٦ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٠١ - بلانول وريير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ - أنيسكلويدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. ١٣١ .

متروك لحض تقديره فلا يجوز أن يستعمله دائنوه باسمه^(١). ولكنه حق ينتقل من رب العمل إلى الخلف العام والخلف الخاص. فلو رثة رب العمل بعد موته أن يستعملوا هذا الحق^(٢). فإذا تعدد الورثة وكانوا يصيرون مالكيين في الشيوع للعمل بعد إتمامه، فإن الرجوع عن هذا العمل يعتبر في حكم التصرف فيه. ومن ثم إذا اختلف الورثة في استعمال هذا الحق، جاز لمن كان ملك منهم ثلاثة أرباع العمل إذا تم أن يتحللوا من المقاولة إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا قرارهم إلى باقي الورثة، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التحلل من المقاولة واجبا (م ٨٣٢ مدني)^(٣). كذلك يجوز للخلف الخاص أن يتحلل من المقاولة، فلو نزل رب العمل عن المقاولة إلى غيره، كان لهذا الغير أن يتحلل من العقد^(٤). أما إذا باع رب العمل الأرض التي يقام عليها البناء بعقد مقاولة، فإن مشتري الأرض لا ينتقل إليه عقد المقاولة إلا إذا اتفق على ذلك، فإذا انتقل إليه العقد، جاز له التحلل منه بإرادته المنفردة باعتباره رب عمل جديد حل محل رب العمل القديم^(٥).

(الشرط الثالث) أن يكون تحلل رب العمل من المقاولة واجبا إلى مشيئته هو، لا إلى خطأ المقاول^(٦). ذلك أن المقاول إذا ارتكب خطأ، فسبيل رب العمل ليس التحلل من المقاولة، بل يطلب فسخها إذا كان هذا الخطأ

(١) هك ١٠ فقرة ٤٢٠ - بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٩٩ - بلانويول وريبير ورواست

١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ - دي باج ٤ فقرة ٩١٤ ص ٩٤٦ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ *Louage d'ouv. et d'ind.* فقرة ١٢٩ - محمد ليب شنب فقرة ١٥٥ ص ١٩٠ - ١٩١.

(٢) بودري وقال ٢ فقرة ٤١٠٠ - بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ - دي باج ٤ فقرة ٩١٤ ص ٩٤٦.

(٣) انظر في هذا المعنى محمد ليب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٣ وقرة ١٥٥ ص ١٩٠ - وانظر في القانون الفرنسي حيث لا يوجد نص مماثل المادة ٨٣٢ مدني مصري: بودري وقال ٢ فقرة ٤١٠٠ - كولان وكايتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١١١٤ ص ٧٣٥ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ *Louage d'ouv. et d'ind.* فقرة ١٢٩.

(٤) بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٩٩ - محمد ليب شنب فقرة ١٥٥ ص ١٩٠.

(٥) بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٩٩ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ *Louage d'ouv. et d'ind.*

فقرة ١٣٠.

(٦) كولان وكايتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١١١٤ ص ٧٣٦ - نقض فرنسي ٢

سبتمبر سنة ١٩٤٠ جازيت دي پاليه ١٩٤٠ - ٢ - ٨٨.

ببرر الفسخ ، وفي هذه الحالة يكون المقاول هو المستول عن تعويض رب العمل عن الضرر الذى أصابه بسبب الفسخ ، ولا يرجع المقاول على رب العمل بتعويض كامل كما كان يرجع لو أن رب العمل تحل بإرادته المفردة ، بل يرجع عليه بمبدأ الإثراء بلا سبب . هذا إلى أن رب العمل يجوز له أيضاً ، في حالة خطأ المقاول ، أن يطلب التنفيذ العيني ، فيجبر المقاول على إصلاح خطئه حيناً مع المضى في التنفيذ وذلك إلى جانب تعويض رب العمل عن الضرر الذى أصابه بسبب الخطأ .

(الشرط الرابع) ألا يشترط المقاول على رب العمل عدم جواز التحلل من العقد . ذلك لأن حق رب العمل في التحلل من العقد بعد التعويض ليس من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالف هذه القاعدة في كل من شرطها . يجوز الاتفاق على عدم جواز تحلل رب العمل من العقد ، وفي هذه الحالة لا يجوز له التحلل بإرادته المفردة ، بل يستطيع المقاول أن يلزمه بالضى في تنفيذ المقاولة إلى أن يتم ، إذ قد تكون له مصلحة أدبية في إتمام العمل كما سئرى . ويجوز الاتفاق أيضاً ، على العكس مما تقدم ، على أن يكون لرب العمل التحلل من المقاولة دون أن يدفع أى تعويض للمقاول ، أو دون أن يدفع تعويضاً كاملاً بل يقتصر على دفع ما أثرى به على حساب المقاول^(١) .

١٤٠ - ما هو بشرط بوجبه التحلل منه المقاولة بإرادة منفردة :
فلذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر ، جاز لرب العمل أن يتحلل من المقاولة بإرادته المفردة :

١ - ويستوى في ذلك أن تكون المقاولة بأجر لإحمال جزائى أو بأجر مقدر بسعر الوحدة ، في الحالتين يجوز التحلل . وهذا الحكم لا يتطرق إليه شك في التقنين المدنى المصرى ، إذ نص المادة ٦٦٣ مدنى عام لم يفرق بين حالة وحالة . أما في التقنين المدنى الفرنسى فالمادة ١٧٩٤ لا تذكر إلا المقاولة بأجر لإحمال جزائى ، فذهب بعض الفقهاء ، إلى أنه لا يجوز التحلل إذا كان الأجر مقدرًا بسعر الوحدة^(٢) . ولكن بعضاً آخر ذهب إلى عدم التمييز ، وأجاز

(١) بودى وقال ٢ بقرة ٤١٠٠ - بلايول وريير ورواست ١١ بقرة ٩٣٧ ص ١٧٨ - أنسكلويدس دالوز ٣ لفظ. Louage d'ouv. et d'ind. بقرة ١٢٤ - محمد ليب ثنب بقرة ١٥٨ - نقض فرنسى ٢٧ يولي سنة ١٩١٤ سريه مختصر ١٩١٤ - ١ - ١١٠ .
(٢) لوزان ٢٦ بقرة ١٨ - بودى وقال ٢ بقرة ٤٠٩٤ - بلايول وريير ورواست =

التحلل في المقاولة المقدر أجرها بسعر الوحدة من باب أولى ، إذ هي أقل ربطاً
لرب العمل وأيسر عند حساب التعويض^(١) .

٢ - ويستوى كذلك أن يكون التحلل في عقد مقاولة أو في عقد مقاولة
من الباطن . فيجوز للمقاولة الأصلية ، باعتباره رب عمل ، أن يتحلل من
المقاولة من الباطن قبل إتمام العمل^(٢) . ولكن الرأي السائد في فرنسا أن المادة
١٧٩٤ مدنى فرنسى لا تسرى في العلاقة ما بين المقاولة الأصلية والمقاولة من
الباطن ، بل تقتصر على العلاقة ما بين رب العمل والمقاولة^(٣) .

٣ - ولا فرق ، في ثبوت الحق لرب العمل في التحلل ، بين ما إذا كان
هو الذى قدم المادة التى تستخدم في العمل أو كان الذى قدمها هو المقاولة^(٤) .
وفى حالة ما إذا كان المقاولة هو الذى قدمها ، فإن له أن يأخذ تعويضاً عنها
بعد أن يسلمها لرب العمل ، وله أن يحتفظ بها وفى هذه الحالة لا يتقاضى عنها
تعويضاً .

٤ - ويثبت حق التحلل لرب العمل أيا كان محل المقاولة . فقد يكون
محلها بناء أو منشآت ثابتة أخرى ، وقد يكون محلها صنع آلات ميكانيكية

= ١١ فترة ٩٣٧ من ١٧٧ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فترة ٢٩٩٨ - جوران ٢ فترة
١٣٠٩ .

(١) ديرانتون ١٧ فترة ٢٥٧ - ديفرجيه ٢ فترة ٣٧١ - هيك ١٥ فترة ٤٣٠ -
جيوار ٢ فترة ٨٠٤ - أوبرى ورو وإسان ٥ فترة ٣٧٤ من ٤٠٤ - هاش ١٢ - دى باج ٤
فترة ٩١٤ من ٩٤٥ - كولان وكايجان ودى لامورانتير ٢ فترة ١١١٤ - أنسيكلوبيدى
دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. ١١٩ فترة .

(٢) انظر أيضاً فترة ١٢٢ فى آخرها فى الهامش .

(٣) بودرى وقال ٢ فترة ٤٠٦٧ وفترة ٤٠٩٥ - بلانيول وريبير ورواست
١٩ فترة ٩٣٧ من ١٧٧ - دى باج ٤ فترة ٩١٤ من ٩٤٦ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣
Louage d'ouv. et d'ind. ١٣٢ فترة .

(٤) لوران ٢٦ فترة ١٩ - هيك ١٥ فترة ٤٣٠ - جيوار ٢ فترة ٨٠٥ - بودرى
وقال ٢ فترة ٤٠٩٣ - أوبرى ورو وإسان ٥ فترة ٣٧٤ من ٤٠٣ - هاش ١١ - بلانيول
وريبير ورواست ١١ فترة ٩٣٧ من ١٧٧ - دى باج ٤ فترة ٩١٤ من ٩٤٥ -
داشيد رسالته فى عقد الاصطناع من ١٦٩ - جوران ٢ فترة ٢٣٠٩ - أنسيكلوبيدى دالوز
٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. ١٢٠ - عكس ذلك وأن الحق فى التحلل لا يثبت إذا
كان المقاولة هو الذى قدم المادة : ترولون ٣ فترة ١٠٣٠ - ماركاديم م ١٧٩٤ - م ١٧٩٩
فترة ٢ - ييزوس من ٩٦١ .

أو سيارات أو أثاث أو رسم أو غير ذلك من الأعمال ، ففي جميع هذه الأحوال يجوز لرب العمل بإرادته المتفردة أن يتحلل من المقاولة^(١) .

٥ - ويثبت كذلك حق التحلل لرب العمل أيا كان المفاوض . فقد يكون مفاوض بناء ، أو مهتماً معمارياً^(٢) ، أو طبيباً ، أو محامياً ، أو محاسباً ، أو نجاراً ، أو سباكاً ، أو غير ذلك . وفي جميع هذه الأحوال يجوز لرب العمل التحلل من العقد ، إذ النص عام لم يفرق بين حالة وأخرى .

٦ - ويجوز أخيراً لرب العمل التحلل من العقد أيا كانت الأسباب التي يقدمها لهذا التحلل . بل هو غير مسئول عن تقديم أى سبب لتحلله من العقد ، ويكفي محض إرادته . وهو وحده الموكول إليه تقدير ما إذا كان يتحلل من العقد ، دون محقق على تقديره من المحكمة^(٣) .

١٤١ - كيف يقع التحلل من المفاوضة : ويقع التحلل من المقاولة بإخطار رب العمل المفاوض برغبته في الرجوع في المقاولة . والتكييف القانوني للتحلل هو أنه إرادة من جانب واحد ، أى تصرف قانوني يصدر من رب العمل للرجوع في عقد المقاولة . وتكييف الرجوع في المقاولة هو نفس تكييفه

(١) - جيوار ٢ فقرة ٨٠٥ - أوبري ورو وإسان ٥ فقرة ٣٧٤ هامش ١١ - بلانيول وديبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٨ - بلانيول وديبير وبولاتيه ٢ فقرة ٢٩٩٨ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١١١٤ (ب) - چوسران ٢ فقرة ١٣٠٩ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ *Luage d'ouv. et d'ind.* فقرة ١٢١ .
(٢) - جيوار في الوكالة فقرة ٢٨ - بوهري وفال ٢ فقرة ٤٠٩٦ .

(٣) - وقد قضى بأن لصاحب العمل وحده الحق في فسخ عقد المقاولة والمطلوب من إتمام العمل ، سواء لأنه وجد أن العمل غير محقق لمصلحة له ، أو حاققت به صمويات مالية جعلته في حالة مادية لا تمكنه من الاستمرار في تنفيذه والصرف عليه ، ولايسأل عن هذا شيئاً أو تدليلاً ، ولايستطيع المفاوض اعتراضاً على تصرفه إذ هو له يحكم القانون أن يتقاضى جميع ما كان يموء عليه من ربح فيما إذا تم العمل تنفيذاً للعقد (مصر الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٣٩ الهامة ١٩ رقم ٤٩٨ ص ١٢٨٣) . وانظر استئناف غنطل ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٥٤ - ١٩ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٥٩ .

غير أنه إذا أثبت للمفاوض أن رب العمل قد تعسف في استعمال حقه في التحلل من العقد ، كأن قصد من وراء التحلل أن ينال من سمعة المفاوض الأدبية وأن يشهر به بين الناس وبين أبناء مهنته ، جاز للمفاوض أن يرجع بتبويض على رب العمل طبقاً للقواعد المقررة في التجسّف في استعمال الحق (قرب دى باج ٤ فقرة ٩١٤ ص ٩٤٦ - محمد لبيب شنب فقرة ١٥٦ ص ١٩٢ - ص ١٩٣) .

في عقود أخرى يجوز فيها الرجوع ، كالمدة والوكالة وعقد الإيجار والعمل إذا كانت مدتها غير معينة .

ولم يشترط القانون شكلاً خاصاً للرجوع ، ولا ميعاداً معيناً له . فوجب القول إن الرجوع يكون في صورة إخطار يعلن به رب العمل إرادته في التحلل من العقد . وقد يكون الإخطار في ورقة رسمية على يد محضر ، وقد يكون في كتاب مسجل أو غير مسجل ، وقد يكون شفويّاً . ولكن عبء إثبات الإخطار ، وهو تصرف قانوني كما قلنا ، يقع على رب العمل ، فإذا كانت المناقولة تريد على عشرة جنهات وجب إثباته بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، وإلا جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن . ويجوز الرجوع في أي وقت ، منذ إبرام المناقولة إلى ما قبل إصدار المقاو لرب العمل بتسلم العمل كما سبق القول^(١).

وتم الرجوع عن المناقولة بمجرد وصول الإخطار إلى علم المقاو ، طبقاً لقواعد العامة المقررة في إنتاج الإرادة لأثرها .

١٤٣ - ما يترتب من النتائج على التحلل من المقاو : فإذا وقع الإخطار على الوجه المتقدم الذكر ، ترتبت النتائج الآتية :

(أولاً) ينتهي عقد المناقولة بالرجوع فيه ، فلا يعود رب العمل ملزماً بدفع الأجر ، ولا يعود المقاو ملزماً بإنجاز العمل^(٢) .

(ثانياً) ولكن رب العمل يلتزم بتعويض المقاو « عن جميع ما أنفق من المصروفات وما أنجزه من الأعمال ، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل » . ومصلحة هذا الالتزام هو القانون ، لا عقد المناقولة فقد انتهى كاسبق القول . يلتزم رب العمل :

١ - بتعويض المقاو عن جميع ما أنفق من المصروفات ، ولو كانت

(١) انظر آنفاً فقرة ١٣٩ .

(٢) وإذا جاز لرب العمل أن ينهي المناقولة بإرادته المنفردة ، فإنه لا يجوز له أن يوقف تنفيذ العقد بإرادته وحده ، فليس له إلا أن يفسخ فيه أو أن يتحلل منه (نفس فرنسي ٢٧ يولييه سنة ١٩١٤ ميرييه مختصر ٦٩١٤ - ١ - ١١٠ - أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ

Louage d'ouv. et d'ind. (١٢٨) .

مصرفات أولية لم تعد بأى نفع على رب العمل^(١). وكذلك يلزم بتعويضه عما أنجزه من الأعمال ، ويدخل فى ذلك أجور العمال والنفقات الفعلية التى صرفها فى إنجاز الأعمال والقيمة الفعلية للمواد التى قلمها لاستخدامها فى العمل. وعلى الما قول أن يسلم لرب العمل ما أنجز من العمل ، بعد أن يتقاضى قيمته على النحو السالف الذكر. على أن الما قول لا يجبر على تسليم المواد التى قدمها ، فإذا أراد الاحتفاظ بها جاز له ذلك على ألا يتقاضى تعويضاً عنها^(٢). ولا يتقاضى الما قول تعويضاً إلا عن الأعمال التى يكون قد أنجزها وقت علمه بإختار رب العمل بالتدخل من العقد. أما الأعمال التى يقوم بها بعد ذلك فلا يرجع فيها على رب العمل إلا على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب ، أى بأقل القيمتين ما صرفه فعلاً وما عاد من نفع على رب العمل. وذلك ما لم تكن هذه الأعمال ضرورية للمحافظة على ما أنجز من العمل ، كما لو وضع أدوات صممة فى بناء فيثيت هذه الأدوات فى أماكنها حتى لا تتلف ويرجع بالنفقات الفعلية التى صرفها فى تثبيت الأدوات .

٢ - بتعويض الما قول عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل^(٣). فإذا كان

(١) ولكن يشترط أن يكون هناك عقد مقابلة قائم وقت اتفاق هذه المصروفات ، أما إذا كان الما قول قد أنفق هذه المصروفات قبل إبرام عقد المقابلة وهو يأمل بذلك أن يبرم هذا العقد ، فليس له أن يستردها (استئناف غلط ٨ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٤) .

(٢) محمد ليث شطب فقرة ١٥٧ ص ١٩٣ .

(٣) فلا يكتفى بتعويض الما قول عما أنفقته من المصروفات وما أنجزه من الأعمال . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم الابتدائى إذ قضى بالزم رب العمل بالتعويض فقامت قضاءه على ما اتفقته الما قول أساساً لدعواه من أن رب العمل قد صبح الممتد دون تعويضه ، إذ هو (الما قول) قد قام بما ألزم به من استحضار المال وأدوات البناء وشبه جزماً من أبنائه ، وأن رب العمل امتنع من تنفيذ ما تمهد به من تقديم مواد البناء ، فضلاً عن أنه استغنى عن عمله ووكل البناء إلى غيره دون إنذار سابق أو تكليف له بالوفاء ، وكان الحكم الاستئنافى ، إذ قضى بإلزام الحكم الابتدائى واقتصر على القضاء للما قول بأجر عما أنه من البناء ، قد أتمام قضاءه على ما استخلصه من أن العقد لم يرتب للما قول فى ذمة رب العمل تعويضاً إذا امتنع أو تأخر فى تقديم مواد البناء - إن الحكم الاستئنافى إذ قد من بحث أساس الدعوى على هذا النحو ، ولم يعن بالرد على ما أورده الحكم الابتدائى من أسباب ، كان قاصراً قصوراً يستوجب نقضه (نقض ملف ٩ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥ ص ٣٠) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا استخدم صاحب العمل الصانع أو الما قول لمدة معينة أو عقد المقابلة معه على العمل كله ، وجب عليه فى حالة إيقاف العمل أن يدفع جميع الربح الذى كان ينتج للما قول والصانع المذكور من تنفيذ العمل (استئناف -

العمل مثلاً بناء عمارة من عشرة أدوار وقدر له أجر ثلاثين ألفاً ، وتعمل رب العمل من العقد بعد بناء خمسة أدوار ، فإن المقاول يرجع بالنفقات الفعلية التي صرفها في بناء خمسة الأدوار على الوجه الذي قدمناه . ثم يحسب ما كان يستطيع أن يكسبه لو أنه أتم العمل ، فإذا كان مثلاً ١٠٪ من الأجر المقدر^(١) ، فإن ما يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل يكون ثلاثة آلاف . فيرجع أيضاً بهذا المبلغ على رب العمل ، إذ هو الكسب الذي فات المقاول من جراء عدم إكمال العمارة إلى عشرة أدوار . وإذا كان أجر المقاولة مقدراً بسعر الوحدة ، فإن ربح كل وحدة يكون هو الفرق بين الأجر المقدر لها والنفقات الفعلية التي يصرفها في صنعها ، ويكون مجموع الربح الذي فاته هو هذا الفرق مضاعفاً بمقدار عدد الوحدات التي كانت مقبلة بموجب التصميم .

٣ - بتعويض المقاول عما عسى أن يكون قد أصابه من ضرر أدنى من جراء منعه من إتمام العمل . ذلك أن المقاول قد تكون له مصلحة أدبية في إتمام العمل ، كأن يكون عملاً فنياً يفيد في سمعته^(٢) . فالنحات إذا منع من إتمام التمثال الذي كلف ببحثه ، والمؤلف إذا منع من إتمام الكتاب الذي كلف بوضعه ، والمهندس إذا منع من بناء نموذجي وضع تصميمه ، كل هؤلاء قد يتألم ضرر أدنى من جراء عدم إتمامهم للعمل ، فيرجعون بتعويض حل رب العمل عن هذا الضرر .

(ثالثاً) تقول الفقرة الثانية من المادة ٦٦٣ مدني كما رأينا : « على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلاً ، ويتمن عليها بوجه خاص أن

١ - وعلى ١٩ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٨ ص ١٤٨ - وانظر أيضاً استئناف غنتلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٨ .

(١) باعتبار أنه هو الفرق ما بين الأجر المقدر والنفقات الفعلية التي كان يصرفها في بناء عشرة أدوار محسوبة على أساس النفقات الفعلية التي صرفها في بناء الخمسة الأدوار .

(٢) بودري وقال ٢ فقرة ٤١٠٣ - بلاتويل وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٧

ص ١٧٩ - دافيد رساله في عقد الاستصناع ص ١٧١ - محمد ليب شنب فقرة ١٥٧ ص ١٩٥ -

ص ١٩٦ - إكس ١٢ يونيو سنة ١٩٢٣ جازيت دي باليه ١٩٢٣ - ٢ - ٢٩٥ - دوه

١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المجلة الفصلية لقانون المدني ١٩٢٩ ص ٤٦٥ - قارن دي باج ٤ فقرة

٩١٥ ص ٩٤٦ .

تتضمن منه ما يكون الما قول قد اقتصد من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر . وهذا كما قلنا ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة . فقد تقوم ظروف تجعل من العدل تخفيض التعويض المستحق عما فات الما قول من كسب . مثل ذلك أن يتضح ، بعد أن وقف الما قول تنفيذ عمل وحسب الربح الذي فاته على أساس التفقات الفعلية التي صرفها فيما اتته من العمل ، أنه لو أتم العمل لكلفه الباقي منه نفقات أكبر لارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور العمال ، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يخفض مقدار الربح الذي فات الما قول بما يتناسب مع ما ظهر من ارتفاع الأسعار والأجور . وإذا كان يجوز تخفيض التعويض في هذه الحالة ، فإنه يتعين تخفيضه في حالتين أخريين . الحالة الأولى هي ما يكون الما قول قد اقتصد من جراء تحلل رب العمل من العقد ، وهذا يلبي فإنه لا يرجع إلا بمقدار ما أفقده فعلاً ، فإذا اقتصد شيئاً ولم يتفقه بسبب تحلل رب العمل من العقد ، فإنه لا يرجع به^(١) . والحالة الثانية هي ما يكون الما قول قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر . فقد أتاح له عدم إتمام العمل فسحة من الوقت يصبح أن يكون قد استخدمها في عمل آخر در غليه ربحاً ، فيجب استئزال هذا الربح من الكسب الذي ذاته . وليس من الضروري أن يكون قد استخدم وقته فعلاً في عمل آخر ، بل يكفي أن يكون قد أتيحت له فرصة في استخدامه ولم يقتنمها ، فإنه يكون بتقصيره قد أضاع على نفسه هذا الكسب^(٢) .

المبحث الثاني

موت الما قول

١٤٣ — نصرم قانونية : تنص المادة ٢٦٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

- (١) ويخفف التعويض أيضاً على أساس أن الما قول يعدم إنجاز بقية العمل لم يصبح من شأنه ما لم ينجزه منه (استئناف مخطوط ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٥١) .
- (٢) وليس في التقنين المدني الفرنسي نص مماثل للمادة ٢/٦٦٣ مدني مصري ، ولذلك يذهب الفقه الفرنسي إلى عدم جواز خصم ما كسبه الما قول أو ما كان يستطيع كسبه باستخدام وقته في أمر آخر (هيا . ١٠ - فقرة ٤٣٠ - بودري وقال ٢ فقرة ٤١٠٢) .

« ينقضى عقد المقاولة بموت المَقُول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد . فإن لم تكن محل اعتبار ، فلا يثنى العقد من تلقاء نفسه ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة ٦٦٣ ، لا إذا لم تتوافر في ورثة المَقُول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل » .

وتنص المادة ٦٦٧ من القانون المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا انقضى العقد بموت المَقُول ، وجب على رب العمل أن يدفع للركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم ، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الأعمال والتنفقات » .

« ٢ - ويجوز لرب العمل في نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التي تم إعدادها والرسوم التي بدئ في تنفيذها ، على أن يدفع عنها تعويضاً عادلاً » .

« ٣ - وتسرى هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المَقُول في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٦٦٦ : ورد هذا النص في المادة ٨٨٧ من المشروع التمهيدى ، وكان المقترح يتضمن فقرات أربعاً ، الفقرة الأولى تتفق مع النص على الوجه الذى استقر به في القانون المدني الجديد ، أما الفقرات الثلاث التالية فكانت تجرى على الوجه الآتى : « ٢ - وتعتبر دائماً شخصية المَقُول محل اعتبار في التعاقد إذا أبرم العقد مع أحد رجال الفن أو مع أحد المهنيين أو مع أحد مهنتى المهار أو مع أحد عمال هؤلاء من الأشخاص الذين يزاولون مهنة حرة . ٣ - وتقتضى هذه الصفة في العقود التى تبرم مع العمال أو الصناع إلا إذا كان هناك دليل أو عرف يقضى بغير ذلك . ٤ - وفى سائر الأحوال الأخرى ، وبخاصة أعمال المقاولات الكبيرة ، يكون المفروض أن المكانة التى وصل إليها اسم المَقُول في السوق ، لاصفات المَقُول الشخصية ، هى التى كانت محل الاعتبار الأول في التعاقد » . وفى لجنة المراجعة أدخلت على الفقرة الأولى تعديلات لفظية فأصبحت مطابقة لما استقر عليه النص في القانون المدني الجديد ، وحلت الفقرات الثلاث الأخيرة « لعدم الحاجة إليها » ، وأصبح رقم المادة ٦٩٥ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٦٩٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٦ (مجموعة الأعمال التشريعية ٥ ص ٦٣ - ص ٦٥) .

م ٦٦٧ : ورد هذا النص في المادة ٨٨٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في القانون المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن مقرة تجرى على الوجه الآتى : « وتعتبر الأعمال والتنفقات نافذة له في جعلها ، إذا وردت المقاولة على بناء مقار أو غير »

وتقابل النصوص في التقنين المدني القديم المادة ٥٠٢/٤١١ - ٥٠٣^(١).
وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٦٣٢ - ٦٣٣ - وفي التقنين المدني الليبي م ٦٦٥ - ٦٦٦ - وفي التقنين المدني العراقي م ٨٨٨ - ٨٨٩ - وفي تقنين الموجبات والالتزامات م ٦٤٣ و م ٦٧٤^(٢).

= ذلك من الأعمال الكبيرة . فملفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة ، وأصبح النص مطابقاً لما اسطر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٦٩٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٩٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٩٧ (مجموعة الأعمال التصديرية ص ٦٥ - ص ٦٧) .

(١) التقنين المدني القديم م ٥٠٢/٤١١ - ٥٠٣ : يتفخ استعجار الصانع بموئه أو بمادة قهريه منحه من العمل . وفي هذه الحالة على صاحب العمل أن يأخذ ما ينضمه مما استعجره الصانع من الهبات بما اشتراه به الصانع من الثمن . (وأحكام التقنين المدني القديم تنطق في مجموعها مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٣٢ - ٦٣٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٦٥ - ٦٦٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٨٨ - ١- تنهى المقلول بموت المقلول إذا كانت مؤلته الشخصية على اعتبار في التصاقل . فإن لم تكن على اعتبار فلا ينهى العقد من تلقاء ذاته ، ولا يجوز لرب العمل فسقه في غير حالة تطبيق المادة ٨٨٥ إلا إذا لم تتوافر في ورثة المقلول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل . ٢- وتعتبر دائماً شخصية المقلول على اعتبار في التصاقل إذا أبرم العقد مع فنان أو مهنتس أو مهابى أومع غيرهم من يزاولون مهنة حرة أخرى . وتقتضى هذه الصفة في العقود التي تبرم مع الفنان أو الصناع إلا إذا كان هناك دليل أو معرف يقضى بغير ذلك . وفي سائر الأحوال الأخرى ، وبخاصة في أعمال المقاولات الكبيرة ، يكون المفروض أن المكانة التي وصل إليها اسم المقلول في السوق ، لا صفات المقلول الشخصية ، هي التي كانت على الاعتبار الأول في التصاقل . م ٨٨٩ - ١- إذا انقضى العقد بموت المقلول ، وجب على رب العمل أن يدفع لورثة قيمة ماتم من الأعمال وما أنفق . لتنفيذ ما لم يتم وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات . وتعتبر الأعمال والنفقات نافعة له في جعلها إذا كان موضوع المقولة تشييد مبان أو إنشاء أعمال كبيرة أخرى . ٢- ويجوز لرب العمل في نظير ذلك أن يطالب بتسليم المزداد التي تم إصدارها والرسوم التي دفع في تنفيذها ، على أن يدفع فيها تمويشاً عادلاً ٣- وتبقى هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المقلول في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا دخل فيه لإرادته . (وأحكام التقنين العراقي تنطق مع أحكام التقنين المصري ونصوص التقنين الأول تطابق نصوص المشروع النهائي من التقنين الثاني) .

تقنين الموجبات والالتزامات م ٦٤٣ : تنهى إجارة الخدمة أو الصناعة ... (ثالثاً) -

١٤٤ - موت رب العمل وموت المفاوض : ويخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن موت المفاوض ينهى في بعض الحالات عقد المفاوضة ، أما موت رب العمل فلم تعرض له النصوص . فنستعرض كلا من الفرضين .

١٤٥ - موت رب العمل : لم تعرض النصوص كما قدمنا لموت رب العمل ، فلا يبقى إلا تطبيق القواعد العامة . ولما كانت شخصية رب العمل ليست في العادة محل اعتبار في عقد المفاوضة ، فإن موت رب العمل لا ينهى المفاوضة ، بل يبقى العقد قائماً ما بين المفاوض وورثة رب العمل وقد حلوا محله . فبقي هؤلاء مرتبطين بعقد مورثهم ، لهم كل حقوقه وعليهم كل التزاماته ، وذلك دون نظر لما إذا كانت المفاوضة مفيدة للورثة فأندها للمورث ، ودون نظر لما إذا كان الورثة يستنبون العمل محل المفاوضة . فقد يكون هذا العمل بناء عمارة كبيرة ، وتكون وريثة رب العمل لا يرغبون في استثمار أموال التركة في مثل هذه العمارة ، أو يورثون اقتسام هذه الأموال ، ومع ذلك يكون ملتزمين بدفع الأجر كاملاً للمفاوض ، ولم الحق في أن يطلبوا منه إنجاز العمل وتسليمه وضمانه^(١) .

وبدئياً أن التزامهم بدفع الأجر للمفاوض يكون في حدود أموال التركة ومن هذه الأموال ، ويصبحون بعد إقامة العمارة مالكيها لها في الشيوع كل يقدر حصته في التركة .

وإنما يجوز لورثة رب العمل ما كان يجوز لرب العمل نفسه لو أنه كان حياً ، وهو أن يتحملوا من المفاوضة قبل إنعامها طبقاً لأحكام المادة ٦٦٣ مدني

مع باستحالة إجراء العمل لسبب قوة القاهرة أو لوانة المستخدم أو المستعمل . وترامى في هذه الحالة الأخيرة الأحكام الاستثنائية المنصوص عليها في القانون . ولا تنفي إجازة التامة أو الصناعة بوفاء السيد أو المولى .

م ٦٧٤ : إذا انقطع العمل لسبب ليس له علاقة بمشقة الفريقين ، فلا يحق لصانع أن يقبض من الأجرة إلا ما يناسب العمل الذي أتمه ، مع الاستثناء بتطبيق المادة ٦٧١ المتعلقة بهلاك المواد التي تقدمها . (وأحكام التفتين البنائ تنطبق في مجموعها مع أحكام التفتين المصري ، وإن كانت لم تشترط أن تكون مؤهلات المفاوض الشخصية محل اعتبار في التعاقد ، ولم تذكر صراحة أن ما يقبضه وريثة المفاوض من الأجرة المناسبة للعمل الذي تم يكون على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب) . (١) بلانيرول وويير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦ ص ١٧٥ - بيزوس ص ١٦٢ - ٤٥ - ليب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٣ .

التي تقدم بينها ، على أن يدفعوا المقاول من أموال الشركة جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل . وذلك طبقاً لما فصلناه من القواعد فيما تقدم ، وبخاصة يجب أن يكون القرار الصادر منهم بالتدخل من المقاولة صاعداً من ملك ثلاثة أرباع الشركة مستندين في ذلك إلى أسباب قوية ، على أن يعطوا قرارهم إلى باقي الورثة ، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان ، وللمحكمة أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التدخل من المقاولة واجباً^(١).

١٤٦ — موت المقاول ويلحق به أنه يصبح عاجزاً عن إتمام العمل

لسبب لا يرجع فيه — مآلاته : والقرض الثاني هو أن يموت المقاول . ويلحق بموت المقاول أن يصبح عاجزاً عن إتمام العمل لسبب لا يد له فيه ، كأن يصاب بما يجعل تنفيذ العمل مستحيلاً عليه . فإذا كان رساماً وقطعت يده التي يرسم بها أو فقد بصره ، أو كان العمل إجراء عملية جراحية عاجلة وأصيب الحراح بمرض مفاجئ أتعده عن إجراء العملية ، فقد قلنا أن المقاولة تنسخ كما كانت تنسخ بموت المقاول ، وبأخذ العجز عن العمل حكم الموت^(٢) . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٦ مدني سالفه الذكر على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « وتسرى هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المقاول في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه » . ويستوى أن يكون المقاول قد بدأ في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً ، أو أصبح عاجزاً بعد إبرام المقاولة وقبل البدء في تنفيذ العمل . ونكتفي هنا بأن نذكر موت المقاول ، فيكون عجزه عن تنفيذ العمل ملحاً بموته فيما سنعرض له من الأحكام^(٣) . ويجب التمييز عند موت المقاول بين حالتين : (الحالة الأولى) أن تكون مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد . (الحالة الثانية) ألا تكون هذه المؤهلات محل اعتبار^(٤) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٣٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٣٥ .

(٣) مع ملاحظة أنه في حالة موت المقاول يرد رب العمل النفقات التي صرفها المتاول لورثته ، أما في حالة العجز من العمل فالنفقات تترك للمقاول نفسه .

(٤) وهذا التمييز لا يوجد في التقنين المدني الفرنسي ، فإن المادة ١٧٩ من هذا التقنين =

١٤٧ - الحان الأولى - مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار

في التعاقد : تقول المادة ٦٦٦ مدنى فى صدرها كما رأينا : « يقضى عقد المقولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد » . والمقصود بالمؤهلات الشخصية كل صفات المقاول الشخصية التى تكون ذات تأثير فى حسن تنفيذ العمل . فبدخل فى المؤهلات الشخصية سمعة المقاول من ناحية الكفاية الفنية والأمانة وحسن المعاملة ، وتخصصه فى نوع العمل محل المقولة وما حصل عليه من الشهادات الفنية فى هذا التخصص وما قام به قبلا من أعمال تكسبه تجربة عملية فيه^(١) .

والبت فيما إذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد مسألة واقع لقاضى الموضوع فيها رأى الأعلى . وقد أورد المشروع التهيدى للمادة ٦٦٦ مدنى فقرات ثلاثا تلتى ضوءاً على هذه المسألة الموضوعية ، وقد حذف هذه الفقرات فى لجنة المراجعة « لعدم الحاجة إليها » ، ونوردها هنا للاستئناس بها : ٢ - « وتعتبر دائماً شخصية المقاول محل اعتبار فى التعاقد إذا أبرم العقد مع أحد رجال الفن ، أو مع أحد المهنيين ، أو مع أحد مهندسى المعار ، أو مع أحد مائثل لحولاء من الأشخاص الذين يزاولون مهنة حرة - ٣ - وتفترض هذه الصفة فى العقود التى تبرم مع العمال أو الصناع ، إلا إذا كان هناك دليل أو عرف يقضى بغير ذلك » - وفى سائر الأحوال الأخرى ، وبخاصة أعمال المقاولات الكبيرة ، يكون المفروض أن المكانة التى وصل إليها اسم المقاول فى السوق ، لصفات المقاول الشخصية ، هى التى كانت محل الاعتبار فى التعاقد^(٢) . ويستخلص من هذه النصوص أن رجال الفن

« نرى المقولة بموت المقاول دون تمييز بين ما إذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد أو كانت غير محل اعتبار . ولكن القاعدة ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٧٥ - أوبرى ورو وإسان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ هامش ١٥ - بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦ ص ١٧٥ - كولان وكابيتان . ودى لاموراندوير ٢ فقرة ١١١٣ - وقارن بلانويول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٩٩٤ : موت المقاول إنما ينبى عند المقولة إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار) .

(١) انظر محمد لبيب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٦٣ - ص ٦٤ - وانظر آلفاً فقرة ١٤٣ فى المامش .

كالرسميين والنحاتين والموسيقين والمغنين ، وأصحاب المهن الحرة كالمهندسين والأطباء والمحامين والمحاسبين ، كل هؤلاء تعتبر مؤهلاتهم الشخصية محل اعتبار في التعاقد . أما العمال والصناع ، كالتقاشين والسباكين والتجارين والحدادين ، فالأصل فيهم أن مؤهلاتهم الشخصية هي محل اعتبار في العقد ، إلا إذا قام دليل أو عرف يقضى بغير ذلك ، كأن كان العمل محل المناقولة عملاً بسيطاً لا يقتضى مهارة فنية خاصة ويستطيع أن يقوم به أى شخص في الحرفة ، فعندئذ لا تكون مؤهلات المفاوض الشخصية محل اعتبار في التعاقد . وأما المقاولات الكبرى ، كالمعارات والمدارس والمستشفيات ، فهذه يقوم بها عادة مقاولون كبار لا يعتمدون على كفاءتهم الفنية الشخصية بقدر ما يعتمدون على ما توافر عندهم من مهندسين فنيين وأدوات ومعدات ورؤوس أموال بحيث تكون الخبرة ، لابعصاف المقاول الشخصية ، بل بالمكانة التي وصل إليها اسم المقاول في السوق . فهؤلاء لا تكون مؤهلاتهم الشخصية في الغالب محل اعتبار في التعاقد . فإذا مات المقاول فإن أعماله تنتقل عادة إلى بعض من ورثته ممن كانوا يعملون معه ، فيستطيعون بنفس المهندسين والأدوات والمعدات ورؤوس الأموال أن يستمروا في تنفيذ المقاولات التي يكون المورث قد عقدتها قبل موته^(١) .

فإذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد على النحو الذي بسطناها فيما تقدم ، ومات المقاول ، فإن عقد المناقولة ينتهي من تلقاء نفسه بحكم القانون بمجرد موت المقاول ، دون حاجة لفسخه لا من ناحية رب العمل ولا من ناحية ورثة المقاول^(٢) . ويفهم ذلك بطريق الدلالة العكسية ، حيث تقول المادة ٦٦٦ مدني سائلة الذكر في الحالة التي لا تكون فيها مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد : « لا ينتهي العقد من تلقاء نفسه » .

(١) وهناك من المقاولات الكبيرة - كالمعارات الضخمة والجسور والمنزانات والسدود والقناطر ومحطات الكهرباء - ما لا يقوم به عادة إلا الشركات الكبيرة . ولا محل هنا للكلام في موت المقاول وإنما يكون البحث في حل الشركة أو إفلاسها ، وفي هذه الحالة تتبع القواعد المقررة في حل الشركات وتصفياتها (انظر بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٩٩٤) .

(٢) أوبري ورو وإسبان • فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ وهامش ١٤ - بلانيول وريبير ودراس ١١ فقرة ٩٣٦ ص ١٧٦ - عكس ذلك بودوي وفال ٢ فقرة ٤٠٧٨ - هيك ١٠ فقرة ٤٣١ .

قيستخلص من ذلك أنه حيث تكون مؤهلات المفاوض الشخصية محل اعتبار في التعاقد ، ينتهي العقد من تلقاء نفسه^(١) . فالمقابلة تنفس من تلقاء نفسها في هذه الحالة ، ولا يستطيع ورثة المفاوض أن يستمروا في تنفيذها ، ولا يستطيع رب العمل أن يجبر الورثة على الاستمرار في التنفيذ . وإذا أراد الطرفان المضي في التنفيذ ، فلا بد من عقد جديد بإيجاب وقبول جديدين بين رب العمل والورثة ، ويكون تاريخ العقد من وقت الاتفاق الجديد لا من وقت المقابلة الأصلية^(٢) . وتنفس المقابلة بموت المفاوض على الوجه الذي قدمناه ، سواء كان من قدم المادة التي استعملت في العمل هو رب العمل أو المفاوض^(٣) ، وسواء كانت المقابلة مقابلة أصلية أو مقابلة من الباطن^(٤) ، وسواء كان الأجير جزافاً أو يسعر الوحدة ، وأياً كان محل المقابلة بناء كان أو منشآت ثابتة أخرى أو أو أى شيء آخر .

١٤٨ - الحان الثانية - مؤهلات المفاوض الشخصية ليست محل اعتبار

في التعاقد : ويكون ذلك كما قدمنا في المقاولات التي يكون عليها عملاً بسيطاً لا يقتضى مهارة فنية خاصة ويستطيع أن يقوم به أى شخص في الحرفة ، وكذلك في المقاولات الكبيرة التي يقوم بها مقاولون كبار لا يعتمدون على

(١) محمد ليب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٥ - ويترتب على ذلك أن لورثة المفاوض الحق في التمسك بهذا الانقضاء (بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٧٨ - محمد ليب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٥) (٢) أوبرى ورو وإسبان ٩ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ هامش ١٤ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦ ص ١٧٦ .

وإذا تعدد المقاولون وكانوا متضامنين ، فوت أحدهم لا ينهى المقابلة إلا بالنسبة إليه ويبقى العقد ملزماً للآخرين ، ما لم يكن مشروطاً أجباعهم في تنفيذ العمل (دلفو فقرة ٣٤٩ ص ٢٧٩ - محمد ليب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٥) .

(٣) بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٧٧ - أوبرى ورو وإسبان ٩ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ وهامش ١٣ - أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ *Louage d'ouv. et d'ind.* فقرة ١٣٤ .

(٤) بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٧٧ - أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ *Louage d'ouv. et d'ind.* فقرة ١٣٨ - محمد ليب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٥ - ويلاحظ أن موت المفاوض الأصل ينهى المقابلة الأصلية تنتهى بانتهائها المقابلة من الباطن ، أما موت المفاوض من الباطن فلا ينهى إلا المقابلة من الباطن وتبقى المقابلة الأصلية (أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ *Louage d'ouv. et d'ind.* فقرة ١٣٨) .

كفائتهم الفنية الشخصية بقدر ما يعتمدون على من يستخدمون من موظفين فنيين وما عندهم من أدوات ومعدات وروؤس أموال . ففي هذه الحالة تقول العبارة الأخيرة من المادة ٦٦٦ مدني كما رأينا : « لا ينتهي العقد من تلقاء نفسه ، ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تنطبق فيها المادة ٦٦٣ ، إلا إذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل » . ويخلص من ذلك أنه يجب التمييز ، في هذه الحالة الثانية ، بين صورتين :

(الصورة الأولى) إذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل . مثل ذلك ألا يوجد أحد من ورثة المقاول يحترف حرفته ، أو يكون هؤلاء ليس من شأنهم أن يعيشوا الطمأنينة وليسوا متوافرين على الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل . ففي هذه الصورة لا تنفسخ المقاولة من تلقاء نفسها ، ولكن يجوز لرب العمل طلب فسخها . والقاضي يقدر ما إذا كانت الورثة لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية فيحكم بفسخ العقد ، أو أن فهم من الضمانات ما يكفي للمضي في العمل وتنفيذه فيرفض طلب الفسخ . أما الورثة أنفسهم ، فإذا كانوا لا يحترفون حرفه مورثهم أو كانوا لا يطمثون إلى قدرتهم على المضي في العمل فإن لم يأم أيضاً ، إذا أصرب رب العمل على التنفيذ ، أن يطلبوا من القاضي فسخ العقد ، ويكون للقاضي تقدير هذا الطلب فيحكم به أو يرفضه .

(الصورة الثانية) إذا توافرت في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل ، بحيث لا يمكن أن يجاب إلى طلب الفسخ لأرب العمل ولا ورثة المقاول . ففي هذه الصورة يبقى عقد المقاولة قائماً بالرغم من موت المقاول ، ويكون الورثة ملزمين بالمضي في العمل إلى أن ينجزوه ، وتنقل إليهم حقوق مورثهم ، وكذلك تنتقل إليهم التزاماته في حدود التركة . ولكن هذا لا يمنع رب العمل من استعانة حقه في التحلل من العقد بإرادته المفردة ، طبقاً للأحكام المقررة في المادة ٦٦٣ مدني والتي سبق تفصيلها .

١٤٩ — ما يترتب على انتهاء المقاولة بموت المقاول : وإذا انتهت

المقاولة بموت المقاول ، سواء انتهت من تلقاء نفسها لأنها قامت على اعتبار مؤهلات خاصة في شخص المقاول أو انتهت عن طريق الفسخ بناء على طلب رب العمل أو على طلب الورثة لأن هؤلاء لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية

لمحسن تنفيذ العمل ، فإن الالتزامات التي أنشأها عقد المقاولة في جانب رب العمل أو في جانب المقاول تنقضي بانتهاء العقد . فلا يعود الورثة ملزمين بالمضي في العمل ، ولا يعود رب العمل ملزماً بدفع الأجر .

ومن اليسر الوقوف عند ذلك لو أن موت المقاول وقع قبل أن يبدأ تنفيذ المقاولة ، فلا يرجع أحد من المتعاقدين بشيء على الآخر ، إلا إذا كان رب العمل قد عجل شيئاً من الأجرة فإنه يسترده . ولكن الذي يحدث غالباً أن يكون المقاول قد بدأ تنفيذ المقاولة قبل موته ، فاشترى المادة اللازمة لاستخدامها في العمل ، وبدأ العمل فعلاً في هذه المادة أو في المادة التي يكون رب العمل قد قدمها ، فأنتق مصروفات وبذل جهداً ووقتاً حتى أنجز جزءاً من العمل أو مهد لإنجازه . وهذا هو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٦٦٧ مدني إذ رأيناها تقول : « إذا انقضى العقد بموت المقاول ، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم ، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الأعمال والتفقات » . فالنص كما نرى يطبق مبدأ الإثراء بلا سبب ، فيلزم رب العمل عند انتهاء المقاولة على النحو الذي بسطناه بأن يرد لورثة المقاول أقل القيمتين ، قيمة ما أنفقه المقاول في الأعمال التي أنعمها أو مهد لها وقيمة ما أفاد به رب العمل من هذه الأعمال .

فلذا كان رب العمل هو الذي ورد القماش للخياط لصنع الثوب ، ففصله الخياط ومات قبل أن يخيطه ، استرد رب العمل من ورثة الخياط القماش المفصل ، ودفع لهم أجرة التفصيل ، ويستأنس في تقديرها بالأجرة المتفق عليها لصنع الثوب كاملاً فيدفع نسبة من هذه الأجرة بقدر ما يقضي عرف الحرفة بأن تكون نسبة أجرة التفصيل إلى الأجرة الكاملة . وظاهر هنا أن رب العمل قد أفاد من عمل الخياط ، فإنه يستطيع أن يخيط الثوب بعد تفصيله عند خياط آخر . أما إذا كان رب العمل لم يفد من عمل المقاول ، أو أفاد منه فائدة أقل مما تكلف المقاول من مصروفات وجهد ووقت ، كأن كان المقاول لم ينجز من العمل شيئاً وإنما أنفق مصروفات للتمهيد لإنجازه ، وأعاد المقاول الذي تولى المضي في المقاولة العمل من جديد أو أعاد الكثير منه كما تقتضي أصول الصناعة ، فإن رب العمل في هذه الحالة لا يدفع لورثة المقاول الأول شيئاً أو يدفع لهم ما يعادل القدر المحدود الذي أفاده . مثل ذلك أن يعهد رب العمل إلى

مهندس في وضع تصميم ، فموت المهندس قبل أن يقطع شوطاً كبيراً في إنجاز وضع التصميم بحيث يكون مأخوذاً منه غير ذي فائدة للمهندس الذي يأتي بعده ، ويضطر هذا لإعادة وضع التصميم كله من جديد ، ففي هذه الحالة لا ترجع ورثة المهندس الأول بشيء على رب العمل لأنه لم ينفذ من عمل مورثهم شيئاً . وقد كان المشروع التمهيدى للأداة ٦٦٧ مدنى يتضمن فقرة تجرى على الوجه الآتى : « وتعتبر الأعمال والتنفقات نافعة له (لرب العمل) في حملها إذا وردت المقالة على بناء عمار أو غير ذلك من الأعمال الكبيرة . » فحذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة ، دون أن يبين سبب حذفها^(١) . وكان النص المحذوف يضع قرينة قانونية على نفع الأعمال والتنفقات التي قام بها المقاول قبل موته في متاولات البناء والأعمال الكبيرة ، فلا يستطيع رب العمل رفضها بدعوى أنها غير نافعة له . وبعد حذف هذا النص أصبحت هذه القرينة قرينة قضائية بدلاً من أن تكون قرينة قانونية ، وللقاضى تقدير ما إذا كان يأخذ بها أو لا يأخذ^(٢) .

وإذا كان المقاول هو الذى ورد المادة ، كأن كانت المقالة صنع أثاث فاشترى المقاول الخشب ووضع الرسوم اللازمه صرف نفقات في التمهيد للعمل وأنجز بمضاً منه ، فإن رب العمل يدفع لورثة المقاول قيمة الخشب والرسوم ويرد التنفقات التي صرفت في إنجاز العمل أو في التمهيد لإنجازه وأجر المقاول عن الوقت الذى صرفه في كل ذلك ، على أن يكون هذا كله في حدود النفع الذى عاد على رب العمل من ذلك . وقد كانت القواعد العامة تقضى بأن المقاول لا يزال يملك ما بدأ في صنعه من الأثاث لأنه هو الذى ورد المادة : ولا تنتقل إلى رب العمل إلا عند تمام الصنع . وكان مقتضى هذا أنه يجوز للورثة ، وقد انتقلت إليهم الماكينة من مورثهم ، أن يستبقوا ما بدأ هذا الأخير في صنعه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٦٦ - وانظر آتفاً فقرة ١٤٣ في الحاشى .

(٢) وإذا غير رب العمل من مواصفات العمل بعد موت المقاول بحيث أصبح مأخوذاً بالمقاول من العمل بعد موته غير نافع ، فلا يمتد بذلك ، والعبارة بالمواصفات الأولى (لوران ٢٦ فقرة ٢٤ - جيوار ٢ فقرة ٨٠١ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٨٠) . ولكن العمل يحتر غير نافع إذا لم يستطع رب العمل بعد موت المقاول أن يجد مقاولاً آخر يكمله ، فيضطر إلى تركه (بودرى وقال ٢ فقرة ٤٠٨٠ ص ١١٧١ - بلانول وريير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦ جى ١٧٦) .

لأنفسهم على ألا يرجعوا بشيء على رب العمل وعلى أن يردوا ما يكون قد عجله من الأجر^(١). ولكن الفقرة الثانية من المادة ٦٦٧ مدنى تقول كما رأينا : « ويجوز لرب العمل في نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التي تم إعدادها والرسوم التي بدئ في تنفيذها ، على أن يدفع عنها تعويضاً عادلاً . فجاء هذا النص بحكم يخرج على القواعد العامة ، ويجوز لرب العمل أن يجبر الورثة ، بعد أن يدفع لهم التعويض العادل على النحو الذى بيناه ، على أن يسلموا له المواد التي تم إعدادها من الأثاث والرسوم التي بدئ في تنفيذها^(٢) .

١٥٠ — مقارنة بين أحوال تهوئ في التحلل منه المقاولة : رأينا مما تقدم أن لرب العمل أن يتحلل من المقاولة قبل إنجاز العمل في أحوال ثلاث : (١) عندما يتحلل من المقاولة بإرادته المنفردة قبل إتمام العمل (م ٦٦٣ مدنى) . (٢) عندما يبرم المقاولة بمقتضى مقايضة على أساس سعر الوحدة وتثبت ضرورة مجاوزة المقدر في المقايضة مجاوزة جسيمة ، فقد قلنا أنه يجوز لرب العمل في هذه الحالة « أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء ، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد ، دون أن يعرضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م ٦٥٧ مدنى) . (٣) عندما يموت المقاول فتنهى بموته المقاولة أو تفسخ ، وهى الحالة التي نحن بصدددها .

في الحالة الأولى — تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة — يجب على رب العمل تعويض المقاول تعويضاً كاملاً ، فيعرضه عما لحقه من خسارة وعما فاته من كسب . والسبب في ذلك أنه تحلل من المقاولة بمحض مشيئته ، فوجب عليه التعويض الكامل .

وفي الحالة الثانية — تحلل رب العمل من المقاولة للمجاوزة الجسيمة — يكون التعويض أقل منه في الحالة الأولى ، إذ أن رب العمل لا يعرض المقاول عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل . والسبب في ذلك واضح ، إذ هو في

(١) وهذا هو الحكم في القانون الفرنسى حيث لا يوجد نص يقابل المادة ٦٦٧ / ٢ مدنى مصرى (أوبرى ورو وإبان ه فقرة ٢٧٤ ص ٤٠٤ هامش ١٤ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦ ص ١٧٦) .

(٢) محمد لييب شنب فقرة ١٥٢ ص ١٨٧ — ص ١٨٨ .

هذه الحالة لا يتحلل من العقد بمحض مشيئته كما يفعل في الحالة الأولى ، بل هو مضطر إلى التحلل من المقاولة نظراً لمجاوزة المقايضة مجاوزة جسيمة وما ينجم عن ذلك من إرهاب له .

وفي الحالة الثالثة - انقضاء المقاولة أو فسخها لموت المفاوض - نجد أن التعويض أقل مما هو في الحالتين السابقتين ، إذ يدفع رب العمل لورثة المفاوض أقل القيمتين ، قيمة ما أنفق المفاوض وقيمة ما أفاد هو . فهنا لم يتحلل من العقد بمحض مشيئته ، كما فعل في الحالة الأولى فكانت مسؤوليته كاملة وكان التعويض كاملاً . ولم يتحلل من المقاولة بسبب المجاوزة الجسيمة للتكاليف ، كما فعل في الحالة الثانية فكانت مسؤوليته غير كاملة وكان التعويض ناقصاً . ولكنه تحلل من المقاولة لسبب لا يد له فيه ، فلا مسؤولية عليه ، ولذلك لا يدفع تعويضاً إلا على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب .

الباب الثاني

بعض أنواع المقاولات

الفصل الأول

التزام المرافق العامة(*)

١٥١ - التمييز بين عقد التزام المرفق العام والعقد بين ملتزم المرفق والعمل : يجب التمييز بين عقد التزام المرفق العام والعقد بين ملتزم المرفق العام والعمل ، إذ أن العقد الأول يدخل في مباحث القانون الإداري ولا شأن لنا به هنا إلا من حيث اتصاله بالعقد الثاني ، أما العقد الثاني فيدخل في مباحث القانون المدني إذا كيف على أنه عقد مدني كما سيأتي .

وعقد التزام المرفق العام هو العقد الذي تبرمه جهة الإدارة مع إحدى الشركات أو الأفراد لإدارة مرفق عام واستغلاله بشروط معينة تذكر في عقد الالتزام . وهو طريق من طرق إدارة المرافق العامة كما سيجيء . وجهة الإدارة تعتبر في حكم رب العمل ، ويعتبر الملتزم في حكم المقاول ، ولكن هذه المقولة هي كما قلنا من مباحث القانون الإداري .

أما العقد بين ملتزم المرفق العام والعمل : وهو الذي يعنينا هنا ، فإنه عقد يبرم بين ملتزم المرفق العام - كشركة سكك حديدية أو شركة نور أو غاز أو مياه - وبين أحد المستهلكين لهذا المرفق كمسافر بقطار السكة الحديدية أو

(*) مراجع : توفيق شحاته في التزام المرافق العامة رسالة بالفرنسية من القاهرة سنة ١٩٤١ - محمد فؤاد مهنا في القانون الإداري المصري الجزء الأول في المرافق العامة سنة ١٩٥٣ - فالين (Waline) في القانون الإداري الطبعة الخامسة سنة ١٩٥٠ - بونارد (Bonnard) في القانون الإداري سنة ١٩٣٥ - رولان (Rolland) في القانون الإداري الطبعة التاسعة سنة ١٩٤٧ .

مشترك في النور أو الغاز أو المياه ، فيكون هذا المستهلك عميلاً للشركة . والعقد هنا أيضاً عقد مقاوله^(١) ، ولكنه على خلاف عقد التزام المرافق العام من مقاولات القانون المدني لا من مقاولات القانون الإداري .

« وقد أصبحت العلاقات التي تقوم في المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة بين الما قول وعملائه - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - من الأهمية بمكان : نظراً لانتعاش العمران وانتشار المدن الكبيرة في الوقت الحاضر ، وصار من الضروري أن يعرض التقنين المدني لهذا النوع من المقاولات فيورد بعض الأحكام الخاصة به ، كما فعل بالنسبة للمقاولات الصغيرة والكبيرة . بل إن الحاجة إلى التنظيم في هذا النوع من المقاولات أشد منها في الفرعين السابقين ، إذا راعينا أن موقف الجمهور ضعيف إزاء الشركات الكبرى التي تتولى استغلال المرافق العامة ، مما دعا إلى تدخل السلطة العامة لحماية المنتفعين بها . وقد ازداد هذا التدخل على مرور الزمن . فأصبحت السلطات العامة تتولى بنفسها إدارة بعض المرافق اللازمة لحياة الجمهور ، أو تفجز للأفراد استغلالها بمقتضى عقد التزام مع احتفاظها بحق الرقابة والتنظيم . وهكذا وجدت ، إلى جانب المرافق التي يجرى استغلالها وفقاً لنظام النشاط الفردى والمنافسة الحرة ، مرافق تقوم السلطة العامة بتنظيمها وإدارتها ، وأخرى تتولى تنظيمها دون أن تتدخل في إدارتها » .

« ومن الثابت أن تنظيم المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة يرتبط ، علاوة على التقنين المدني ، بالتقنين الإداري ، ولا بد من إصدار تشريع خاص ينظم الناحية الإدارية منه ، ويجدد على الأخص موقف السلطة العامة قبل الما قول الذي تمنحه استغلال مرافق عام . والمشروع لا يتعرض بداية إلا للناحية المدنية من هذه المقاولات . والمبادئ التي يقررها في هذا الصدد ليست سوى تأكيد للتدابير التي بدت في القضاء المصرى الذى حاول بقدر الإمكان ، عن طريق الرجوع إلى القواعد العامة ، سد الفراغ الموجود في التقنين الحالي (القديم) ، وتنظيم العلاقات بين ملتزمى المرافق العامة والمنتفعين بها . كذلك يحرص المشروع على ألا يقرر سوى الأحكام التي يمكن أن تنسجم مع التقنين الإدارى المصرى الذى يرجى له عن طريق التشريع كثير من التطور في المستقبل

القريب . وقد استند المشروع في تقريره للأحكام التي أخذ بها إلى بعض الحقائق الثابتة ، وعلى الأخص إلى وجود مرافق عامة أجازت السلطة العامة للأفراد استغلالها بمقتضى عقود التزام تضمنها شروطا لتنظيم علاقة الملتزم بعملائه ، وإلى أن من المجمع عليه الآن في القضاء المصري والفرنسي وقضاء معظم البلاد الأجنبية أن هذه الشروط ملزمة للفرد أو الشركة التي يعهد إليها باستغلال المرفق العام كما هي ملزمة للعملاء . وقد حاولوا تبرير هذه القوة الإلزامية في أول الأمر عن طريق الالتجاء إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير (يمكنه الاستئناف المخططة ١٧ مايو سنة ١٨٩٤ ب ٦ ص ٣٩٩ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ ب ٧ ص ٤٦) ، ولكن من المتفق عليه الآن أن الاحترام الواجب لهذه الشروط إنما يرجع إلى ما لها من طبيعة اللامعة الإدارية . والأحكام التي أوردها المشروع في هذا الفرع إنما تنبئ على هذه الحقائق الثابتة والنتائج القانونية المترتبة عليها . وهي تكسب المبادئ العامة في التقنين المدني شيئا من المرونة حتى تتماشى مع هذه الحقائق . وعلى هذا النحو يصل هذا الفرع من المشروع بين التقنين الإداري الناشئ والأسس العامة في التقنين المدني ، كما هو الحال بالنسبة للفصل الخاص بعقد العمل فهو يصل بين التشريع الصناعي الذي لا يزال في بداية عهده في مصر والأساس القانوني العام في التقنين المدني^(١) .

ولما عرضت النصوص المتعلقة بالزام المرافق العامة على لجنة مجلس الشيوخ ، تقدم للجنة اقتراح بحذف هذا الموضوع ، لأن محله الطبيعي القانون الإداري ، ولأن من المتوقع أن تكون المنازعات المتعلقة به من اختصاص القضاء الإداري ، ولأن تعيين هذا الالتزام يتطلب توفير الانسجام مع التقنين الإداري المصري . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن المشروع تعرض لجانب محدود من صلة المتقنين الملتزم ، وهذا الجانب مدني الصبغة . وقد استقر قضاء المحاكم المصرية على خضوع الجانب المتقدم ذكره لقواعد القانون المدني (انظر على سبيل المثال استئناف مخطط ٢٦ يونيو سنة ١٩١٨ ب ٣٠ ص ٤٩٩) . هذا ولم يذهب التعديل المزمع لقانون مجلس الدولة إلى جعل القضاء الإداري مختصاً دون غيره بالنظر في المنازعات الخاصة بالتزامات

المرافق العامة ، وإنما جعل اختصاص القضاء العادى قائماً وجعل الخيار للأفراد فى الالتجاء إلى الجهة التى يؤثرها . والقواعد التى تضمنها المشروع فى هذا الشأن ليس فيها خروج على القواعد العامة ولا مساس بالتنظيم الإدارى ، وإنما هى تضع نظاماً سعيين القضاء على حل كثير من المشاكل التى يجوز أن تكون محلاً لاختلاف الرأى والتقدير» (٢).

ولما كان العقد بين ملتزم المرفق العام والعميل يتصل اتصالاً وثيقاً ، كما قلنا ، بفكرة المرفق العام وإدارته عن طريق الالتزام ، لذلك نعقد مبحثاً تمهيدياً يتناول فى عرض سريع هذه المسألة إذ هى من مباحث القانون الإدارى كما سبق القول . ثم نعقد مبحثاً آخر نعرض فيه للعقد بين ملتزم المرفق العام والعميل .

المبحث الأول

المرفق العام وطرق إدارته - عقد التزام المرفق العام

§ ١ - المرفق العام

١٤٢ - المرفق العام وخصائصه : المرفق العام مشروع تديره جهة للإدارة أو تنظمه وتشرف على إدارته ، ويقصد به أداء خدمات أو سد حاجات ذات نفع عام . مثل ذلك مرافق الدفاع والأمن والعدالة والصحة والتعليم ، ومثل ذلك أيضاً مرافق المياه والنور والغاز والمواصلات والتموين والرعى . وللمرفق العام خصائص ثلاث :

أولاً - يجب أن يكون المرفق العام مشروعاً ذا نفع عام ، كتوفير خدمات عامة أو سد حاجات عامة . فإن لم يكن ذا نفع عام ، وإنما كان لمصلحة خاصة ، فإنه لا يكون مرفقاً عاماً بل يكون مرفقاً مدنياً ، حتى لو إدارته الدولة . فإدارة الدولة لأعمالها الخاصة لا تعتبر إدارة مرفق عام ، لأن أملاك الدولة الخاصة ليست ذات نفع عام .

ثانياً - يجب ألا يكون المقصود أساساً من المرفق العام هو الحصول على

الربيع ، وإذا كانت إدارة المرفق العام تدبر في بعض الأحوال ربحاً ، فإن ذلك إنما يأتي عرضاً وكغرض ثانوى ، أما الفرض الأساسى فهو توفير الخدمات العامة أو سد الحاجات العامة . فالمرافق الاقتصادية لا تكون مجانية ، بل هى بمقابل يدفعه المستهلكون فى صورة رسوم . ولكن الدولة أرادت بفرض هذه الرسوم ، لا جنى ربح تجارى ، بل تحميل نفقات المرفق لمستهلكيه بالذات ، ولو جعلته مجاناً لتحمل نفقاته دافعو الضرائب ، وليس من العدل فى المرافق الاقتصادية أن يتحمل نفقاتها دافعو الضرائب ولو كانوا من غير المستهلكين . فإذا قصدت الدولة من إدارة مشروع أن تنجى منه ربحاً - كاحتكار الحكومة الفرنسية للدخان - لما كان المشروع مرفقاً عاماً •

ثالثاً - يجب أن يدير المرفق العام أو ينظمه ويشرف على إدارته جهة إدارية . فالمشروع الذى تديره أفراد أو شركات أو جمعيات لا يكون مرفقاً عاماً ولو كان ذا نفع عام ، كما هى الحال فى الجمعيات الخيرية والمدارس الحرة والمستشفيات الخاصة . وكذلك العكس صحيح ، كما قلنا ، فلا يكون المشروع الذى تديره الدولة مرفقاً عاماً إذا لم يكن ذا نفع عام . والجهات الإدارية التى تدير المرافق العامة أو تنظمها وتشرف على إدارتها إما أن تكون الدولة وما يتفرع عنها من مؤسسات عامة^(١) ، وإما أن تكون أشخاصاً إدارية عملية وهى مجالس المحافظات والمدن والقرى .

١٥٣ - أقسام المرافق العامة : يمكن تقسيم المرافق العامة تقسيمين

مختلفين :

(التقسيم الأول) تنقسم فيه المرافق العامة إلى مرافق قومية ومرافق إقليمية وبلدية . فالمرافق القومية مرافق تؤدي الخدمات العامة أو تسد الحاجات العامة لجميع السكان دون أن تحصر فى إقليم معين . فمرافق الدفاع والأمن والعدالة والمواصلات القومية والبنوك والتأمين والتجارة الخارجية ، كل هذه مرافق

(١) انظر فى أن صفة المرفق العام تثبت للنشاط المصرفى وعمليات التأمين بعد تأميم البنوك وشركات التأمين بالقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ ، وكذلك تثبت هذه الصفة للتتال البحرى بعد أن خرج رأس المال الخاص من هذا القطاع بالقانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٦١ ، وذلك برغم إستناد أوجه النشاط هذه إلى شركات مساهمة : أكتم أمين الحولى فى مقاله حول تطور تشريعات القطاع العام فى مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة السادسة سنة ١٩٦٢ العدد الثالث ص ١٤٧ - ص ١٤٨ .

قومية تمتد إلى جميع أنحاء البلاد ، ولا يختص بها إقليم دون إقليم . أما المرافق الإقليمية والبلدية فيختص بها إقليم معين أو بلد معين ، وأهم هذه المرافق التور والغاز والكهرباء والماء والمواصلات المحلية من ترام وأوتوبيس وغيرها ، وهذه تكون عادة مرافق إقليمية وبلدية تقوم بها مجالس المحافظات والمدن والقرى .

(التقسيم الثانى) تنقسم فيه المرافق العامة إلى مرافق إدارية تحت مرافق اقتصادية . وهذا هو التقسيم الأهم ، وتظهر أهمية هذا التقسيم فى طرق لإدارة المرفق ، فالمرافق الاقتصادية تنسج لجميع الطرق التى سيأتى بيانها ، أما المرافق الإدارية البحتة فتدار بطريق الإدارة المباشرة (Régie) .

والمرافق الإدارية البحتة هى المرافق التى تؤدى خدمات عامة غير ذات صفة اقتصادية . وهذه هى المرافق التى كانت الدولة تقتصر عليها فى الماضى ، قبل أن تنشط حركة تدخلها فى النواحي الاقتصادية تحت تأثير المذاهب الاشتراكية . وأهم هذه المرافق الإدارية البحتة هى مرفق الدفاع ومرفق الأمن ومرفق العدالة ومرفق الصحة ومرفق التعليم ، وأكثر ما تكون هذه المرافق مرافق قومية .

أما المرافق الاقتصادية فهى مرافق تسد حاجات عامة ذات صفات اقتصادية ، فهى مرافق صناعية وتجارية ومرافق للتوجيه المهنى والاقتصادى . وبعض هذه المرافق مرافق إقليمية وبلدية ، كتوريد المياه والتور والكهرباء والغاز ووسائل النقل المحلية . وبعضها مرافق قومية ، كالسكك الحديدية والطيران والملاحة والبنوك والتأمين والتجارة الخارجية . والمرافق الاقتصادية فى تزايد مضطرب وتطور سريع ، وبخاصة فى أعقاب الحرب العالمية الأولى ، وقد ازدادت كثيراً بعد الحرب العالمية الثانية ، وأصبحت الدولة تتوغل فى النشاط الاقتصادى على وجه غير معهود . وعزز ذلك فى مصر حركة التأمين ، مذ أصبح النشاط الفردى فى الأيام الأخيرة عرضة فى كثير من الأحوال للتأمين والانتقال من القطاع الخاص إلى القطاع العام . فقد أتم كثير من الشركات الصناعية والتجارية ، وجميع البنوك وشركات التأمين ، والأدوية الطبية ، والمخابز ، والصحف .

١٥٤ — النظام القانوني للمرافق العامة : والمرافق العامة نظام قانوني يقرر على المبادئ الآتية ، وهي كلها مبادئ تقتضيها طبيعة المرفق العام^(١) : أولاً— يجب أن يكفل للمرفق العام الدوام والاستقرار . ويكون ذلك بأن يتوافر فيه : (١) الاستمرار (continuité) . (٢) والانتظام (régularité) — (٣) ومسايرة التطور (adaptation à l'évolution) . وسيأتى بيان ذلك تفصيلاً . ثانياً— يجب أن تكفل المساواة التامة أمام المرافق العامة ، فتكون فرص الانتفاع بالمرفق العام أمام جميع المستهلكين متكافئة ، ولا يمتاز مستهلك على مستهلك آخر .

ثالثاً— يجب أن يكون المرفق العام فى متناول من يحتاج إليه ، فلا يحرم منه لعلو سعره . والمرافق الإدارية البحتة . تكون عادة مجانية فهى فى متناول الجميع ، كمرافق الدفاع والأمن ، وإذا اقتضى أجر عليها فهو أجر يلاحظ ألا يكون فيه عنت كالرسوم القضائية والمصروفات المدرسية ونفقات العلاج والأدوية في المستشفيات . أما المرافق الاقتصادية ، فهذه تكون بمقابل يدفعه المنتفع في صورة رسوم كما سبق القول . وسرى أن الجهة الإدارية تبسط رقابة شديدة على أسعار المرافق الاقتصادية ، وتراعى في ذلك ألا تكون مرهقة للمستهلكين .

رابعاً— تسرى على المرافق العامة قواعد خاصة بها ، ليست هي قواعد القانون المدني بل قواعد القانون الإداري . فتتظم هذه القواعد الخاصة مركز عمل المرافق ، وهذا المركز ليس مركزاً تعاقدياً بل هو مركز تنظيمي . وتنظم أيضاً الأحوال المخصصة لسير المرافق ، فلا تكون أموالاً خاصة بل أموالاً عامة . وتنظم كذلك الأعمال والعقود اللازمة لإدارة المرافق ، فتكون الأعمال وأوامر إدارية وتكون العقود عقوداً إدارية ، ولهذا تلك قواعد إدارية تختلف عن قواعد القانون المدني . وتنظم أخيراً علاقة المرافق بالمتنفعين بالجمهور بوجه عام ، فتعين حقوق المتنفعين وواجباتهم ، وترسم شروط مسئولية المرافق عن أعمالها الضارة بالغير . وتخضع المرافق العامة عادة لولاية القضاء الإداري دون ولاية القضاء العادي .

والمبادئ الثلاثة الأولى تسرى حتماً على جميع المرافق ، إدارية كانت أو اقتصادية ، وذلك دون حاجة إلى نص تشريعي ، بل هذا تطبيق للمبادئ العامة في القانون الإداري حتى لو لم يوجد هذا النص . أما المبدأ الرابع فيفسر بصفة حتمية على المرافق الإدارية . أما المرافق الاقتصادية فقد اتسع نطاقها كما سبق القول ، ودخل في نطاق القطاع العام كثير من أوجه النشاط التي كانت قبلاً محصورة في نطاق القطاع الخاص ، فوجب في بعض الحالات استبقاء قواعد القانون المدني وقواعد القانون التجاري لأنها أكثر ملاءمة لطبيعة النشاط في بعض هذه المرافق .

§ ٢ - طرق إدارة المرفق العام

١٥٥ - طرق خمس : يملك الشخص الإداري الذي أنشأ المرفق العام ، سواء كان هذا الشخص الإداري هو الدولة فيكون المرفق قومياً أو كان شخصاً إدارياً علياً فيكون المرفق إقليمياً أو بلدياً ، إحدى طرق خمس لاستغلال هذا المرفق وإدارته . وتتدرج هذه الطرق الخمس من ناحية تحمل تبعات الاستغلال المالي للمرفق تتدرجاً ملحوظاً . فأقصى درجة لتحمل هذه التبعات ، بحيث يتحمل الشخص الإداري كل الخسائر كما يستأثر بكل الأرباح ، هي طريقة الإدارة المباشرة أو الريجي (régie) . ويمثلها في تحمل التبعات المالية طريقة الإدارة بواسطة مؤسسة عامة (établissement public) ، فالمؤسسة العامة التي تدبر المرفق تتحمل كل الخسارة وتستأثر بكل الربح . وبلى ذلك الإدارة بطريق الريجي غير المباشر (régie intéressée) ، وفيها تعهد السلطة الإدارية إلى فرد أو شركة باستغلال المرفق وإدارته في مقابل عوض معلوم ، وتبقى الإدارة هي التي تتحمل كل الخسارة وتستأثر بكل الربح . وتأتي بعد ذلك طريقة الاستغلال المختلط (économique mixte) ، وفيها تعهد السلطة الإدارية باستغلال المرفق وإدارته إلى شركة مختلطة تساهم فيها بمقدار معين من الأسهم ، وتترك بقية الأسهم يكتسب بها الأفراد أو الشركات الخاصة . وهذه الشركة المختلطة التي تساهم فيها السلطة الإدارية هي التي تقوم باستغلال المرفق وإدارته ، بحيث تتحمل كل الخسارة وتستأثر بكل الربح . فتكون السلطة الإدارية ، عن طريق مساهمتها في الشركة المختلطة ، قد ساهمت في الخسارة وفي الربح ، دون أن

تتحمل الخسارة كلها أو تستأثر بالربح كله . وتأتى أخيراً طريقة الإدارة بمنح التزام المرفق العام (concession de service public) لفرد أو شركة ، فيقوم الملتزم باستغلال المرفق وإدارته طبقاً لشروط معينة تضعها السلطة الإدارية ، ويستأثر وحده بكل الربح كما يتحمل وحده كل الخسارة .

فهذه طرق خمس - الإدارة المباشرة أو الريجى والإدارة عن طريق المؤسسات العامة والإدارة بطريقة الريجى غير المباشر والإدارة بطريقة الاستغلال المختلط والإدارة بطريقة الالتزام - تتدرج تدرجاً ملحوظاً كما رأينا . ففى الطرق الثلاث الأولى تتحمل السلطة الإدارية كل الخسارة وتستأثر بكل الربح على تفاوت فى درجة اتصال هذه السلطة بإدارة المرفق ، وفى الطريقة الرابعة تساهم السلطة الإدارية فى الخسارة وفى الربح ، وفى الطريقة الخامسة لا تتحمل خسارة ولا تبحى ربحاً^(١) .

(١) وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نصين فى هذا الموضوع . فكانت المادة ٩٠٤ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « ١ - تنقسم المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة ، من حيث النظام المقرر لإدارتها ، إلى أنواع ثلاثة : (١) مرافق يجرى استغلالها وفقاً لنظام النشاط الفردى والمنافسة الحرة . (ب) مرافق تقوم السلطة العامة بتنظيمها وإدارتها . (ج) مرافق تقوم السلطة العامة بتنظيمها دون أن تتدخل فى إدارتها . ٢ - وتسرى على هذا النوع الأخير من المقاولات فيما يخص العلاقة ما بين المقاول وعملاته ، القواعد التى تسرى على النوع الأول منها . ٣ - أما النوع الثانى من هذه المقاولات ، فلا يجوز للأفراد استغلاله إلا بمقتضى عقد التزام . ٤ - ولا تختلف الروابط التعاقدية التى تنشأ بين مقاول المرفق العام وعملاته ، إذا كان هذا المقاول هو إحدى جهات الإدارة ، عما ينشأ من الروابط إذا كان المقاول شخصاً يستغل المرفق بمقتضى عقد الالتزام . وكانت المادة ٩٠٥ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : « فى المرافق الحرة ، تظل العلاقة ما بين المقاول وعملاته خاضعة للقواعد العامة المتعلقة بالعقود . » وقد حذف النصان فى لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٧٢ - ص ٧٤ فى الخامس) .

ويبدو أنه يجب استبعاد المرافق التى يجرى استغلالها وفقاً لنظام النشاط الفردى والمنافسة الحرة ، وكذلك المرافق التى تقوم السلطة العامة بتنظيمها دون أن تتدخل فى إدارتها ، من نطاق المرافق العامة ، فقد قلنا أن المرفق العام يجب أن تديره السلطة الإدارية بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر (انظر كفاً فقرة ١٥٢) . ومثل هذه المرافق التى لا تعتبر مرافق عامة الفنادق والمطاعم والمباهى والأندية العامة ودور التمثيل والسينما والملاعب والطباعة والنشر والصحافة (قبل أن تؤم) .

فبين إذن النوع الثالث الوارد فى المادة ٩٠٤ مبالغة الذكر ، وهو المرافق التى تقوم السلطة العامة بتنظيمها وإدارتها . وهذا النوع الثالث يجوز للسلطة الإدارية إدارته بطريق مباشر أو بطريق الريجى ، كما يجوز أن يكون استغلاله بموجب عقد التزام (concession) . ولم يذكر النص الطرق الأخرى لإدارة المرفق العام ، وهى المؤسسات العامة والريجى غير المباشر والاستغلال المختلط .

١٥٦ — الطريقة الأولى — المروءة المباشرة أو المباشرة (régie) : تقوم السلطة الإدارية في هذه الطريقة بإدارة المرفق العام مباشرة بعالمها وأموالها ، ويعتبر العمال موظفين عامين والأموال أموالاً عامة . وينبع في تمويل المرفق العام القواعد المالية العامة المقررة في ميزانية الدولة أو ميزانية الشخص الإداري المهمل من مجلس محافظة أو مجلس مدينة أو مجلس قرية . وبذلك تتحمل السلطة الإدارية كل الخسارة التي عسى أن تنجم عن استغلال المرفق ، كما تتأثر بكل الربح إن كان هناك ربح .

وطريقة الإدارة هي التي تتبع في المرافق الإدارية البحتة كمرافق الدفاع والأمن والعدالة والتعليم والصحة . وبعضها ، كمرافق الدفاع والأمن ، يؤدي خدماته للجمهور مجاناً لأنها تتناول جميع أفراد الجمهور ، ويتحمل نفقات المرفق دافعو الضرائب . والبعض الآخر يؤدي خدماته للمتفعين بالمرفق من أفراد الجمهور ، وذلك كمرافق العدالة ومرافق التعليم ، وقد يكون ذلك مجاناً أو يكون في مقابل رسم معين يؤديه المتفع حتى لا يتحمل دافعو الضرائب جميع نفقات المرفق . وتتبع طريقة الإدارة المباشرة في بعض المرافق الاقتصادية مما تقتضي طبيعته أن يدار بهذه الطريقة ، وذلك كمرافق البريد والبرق والتلفون والراديو والتلفزيون . وقد تتبع طريقة الإدارة المباشرة في بعض المرافق الاقتصادية الأخرى لأسباب ترجع إلى أن نفقات هذه المرافق أكثر من أرباحها وهي مع ذلك مرافق ضرورية للجمهور ، وذلك كالسكك الحديدية والنقل البحري والنقل الجوي ، أو لغرض التبسيط على الجمهور والعمل على راحته ، وذلك كبعض المواصلات المحلية وتوريد المياه والنور والكهرباء والغاز .

وعمل المرفق العام الذي يدار إدارة مباشرة حكمه هو حكم عميل ملتزم المرفق العام عندما يدار المرفق بطريقة الالتزام^(١) . وسنبين تفصيلاً فيما يلي أحكام التعاقد بين العميل وملتزم المرفق العام .

(١) وتقول المادة ٩٠٤/٤ من المشروع النهائي ، وهي التي تقرر حذفها في لجنة المراجعة (انظر آنفاً فقرة ١٥٥ في المباحث) ، في هذا المعنى ما يأتي : « ولا تختلف الروابط التعاقدية التي تنشأ بين ممول المرفق العام ومولاه ، إذا كان هذا الممول هو إحدى جهات الإدارة ، عما ينشأ من الروابط إذا كان الممول شخصاً يستغل المرفق بمقتضى عقد الالتزام » .

١٥٧ — الطريقة الثانية — الإدارة عن طريق المؤسسات العامة (établissements publics): والمرق العام الذى يدار عن طريق مؤسسة عامة هو فى الواقع من الأمر مرق يدار إدارة مباشرة بواسطة السلطة الإدارية — أى الربحى — ولكن السلطة القائمة على إدارة المرق تمنح شخصية معنوية مستقلة عن الدولة أو عن الشخص الإدارى المحلى ، فتسمى لذلك مؤسسة عامة . ومن ثم تكون لها ذمة مالية مستقلة ، ولا تختلط إيراداتها ومصروفاتها بإيرادات الشخص الإدارى الذى تتبعه ومصروفاته ، وإذا زادت إيراداتها على مصروفاتها كان الزائد احتياطياً لها دون أن يختلط بأموال الشخص الإدارى ، ويكون لها الحق فى قبول الهبات والوصايا والتبرعات ، وتخاصيم وتخاصم باسمها فى القضاء ، ويعتبر موظفوها مستقلين عن موظفى الشخص الإدارى الذى تتبعه المؤسسة . وتلجأ السلطة الإدارية إلى إنشاء المؤسسات لإدارة المرافق العامة لتخفيف العبء عن كاهلها وترك المرق العام تدبره هيئة متخصصة لإدارته ، مستقلة فى شخصيتها فتحمل مسئولية أكبر ، وتتمكن من السير فى أعمالها إذا كانت تدبر مرفقاً اقتصادياً وفقاً للنظم المتبعة فى إدارة المشروعات الحرة . والمؤسسة العامة تقوم بإدارة المرق العام واستغلاله ، وتحمل جميع خسائره كما تستأثر بكل أرباحه . ومن أمثلة المؤسسات العامة الجامعات والمعاهد الخاصة بالبحوث العلمية وبعض المرافق الاقتصادية كالمؤسسات العامة القائمة على إدارة البنوك وشركات التأمين والشركات الموممة : وتبسط عادة السلطة الإدارية التى تتبعها المؤسسة الرقابة عليها فى صور مختلفة ، يبينها نظام المؤسسة .

وعمل المرق العام الذى يدار بطريق المؤسسة العامة هو ، فى روابطه التعاقدية مع المؤسسة ، فى حكم عمل المرق العام الذى يدار بطريق الالتزام .

١٥٨ — الطريقة الثالثة — الإدارة بطريقة الربحى غير المباشر (régie intéressée) : فى هذه الطريقة تعهد السلطة الإدارية إلى فرد أو شركة فى إدارة المرق العام واستغلاله ، على أن تكون للسلطة الإدارية كل الأرباح وعليها كل الخسائر . أما مدير المرق فيأخذ مقابل إدارته مبلغاً معيناً أو نسبة معينة من صافى الأرباح أو من رأس المال ، أو مقابلاً على أى نحو يشق عليه مع السلطة الإدارية . فهو إذن مربوط بهذه السلطة برابطة تعاقدية ، والعقد من عقود

القانون الإدارى ، ولكنه لا يعتبر موظفاً عاماً لا هو ولا من يستخفهم لمعاونته فى إدارة المرفق .

وهذه الطريقة تماثل طريقة الإدارة المباشرة بطريق الربحى من حيث إن السلطة الإدارية فى كل من الطريقتين هى التى تستقل بتبعات المرفق المالية ، فتتحمل كل الخسارة وتشتأثر بكل الربح . ولكنها من جهة أخرى تخالف طريقة الربحى وتماثل طريقة الالتزام من حيث إن مدير المرفق شخص خاص كالمتزم لا موظف عام . وقد لجأت بعض البلديات فى أوروبا إلى هذه الطريقة ، ولكنها لم تسفر عن نجاح يساعد على انتشارها .

وعمل المرفق العام فى هذه الطريقة فى حكم عمل المرفق العام الذى يدار بطريقة الربحى أو بطريقة المؤسسات العامة أو بطريقة الالتزام .

١٥٩ — الطريقة الرابعة — الإدارة بطريقة الاستغلال المختلط (économie mixte) : فى هذه الطريقة تعهد السلطة الإدارية إلى شركة ، تساهم فيها بنسبة معينة من رأس المال ، فى إدارة المرفق واستغلاله . وبذلك لا تستقل السلطة الإدارية بتبعات المرفق المالية ولكنها تساهم فى هذه التبعات ، فتشارك فى الخسائر وفى الأرباح بنسبة مساهمتها فى رأس مال الشركة . كذلك تشارك السلطة الإدارية فى إدارة المرفق واستغلاله عن طريق مساهمتها فى الشركة ، وتستطيع إذا كان لها من المال ما يزيد على النصف أن تسيطر على الإدارة . وهذه الطريقة تفضل . فى إدارة المرافق الاقتصادية ، طريقة الربحى وطريقة المؤسسات العامة فى أنها تتبعد عن الطرق والأماليب الحكومية فى إدارة مرفق تقتضى طبيعته أن يدار بالنظم التى تدار بها المشروعات الاقتصادية الحرة . وهى فى الوقت ذاته قد تفضل . طريقة الالتزام التى سيأتى بيانها فى أنها تمكن السلطة الإدارية من الاشتراك فى الإدارة والاستغلال ، بل ومن السيطرة على المرفق إذا كان نصيبها فى رأس المال كبيراً . وتفضل أخيراً طريقة الربحى غير المباشر فى أن السلطة الإدارية لا تتحمل وحدها كل الخسائر ، بل تشارك فيها بمقدار ما تشارك فى الربح . واتبعت هذه الطريقة فى فرنسا فى مرافق النقل البرية والبحرية والجوية وفى مرفق الصناعات الحجرية ، وفى إنجلترا فى الصناعات البحرية وفى مشروعات إنتاج الكهرباء ، وفى مصر فى بنك التعاون والتسليف الزراعى

وفى البنك الصناعى وفى الشركات الموصمة نصف تأميم والشركات التى أتمت أسهمها بالنسبة إلى حاملى ما تريد قيمته على عشرة آلاف جنيه من هذه الأسهم .
والشركة المختلطة (société mixte) تخضع لأحكام القانون التجارى فيها يتعلق بتكوينها وإدارتها والنظم والأساليب التى تتبعها فى إدارة المرفق واستغلاله .
ولما كانت السلطة الإدارية تساهم فى رأس مالها ، فإنه يكون لها فى مجلس إدارة الشركة ممثلون بنسبة حصتها فى رأس المال . ومن ثم تستطيع أن تراقب الإدارة رقابة داخلية ، بخلاف طريقة الالتزام فالسلطة الإدارية لا تراقب الملتزم إلا رقابة خارجية لا تتناول الأعمال اليومية بل تقتصر على الإشراف على نظام المرفق وحساباته .

وعمل المرفق العام فى طريقة الشركة المختلطة هو فى حكم عمل المرفق العام فى الطرق الأخرى : الربحى والمؤسسات العامة والربحى غير المباشر والالتزام .

١٦٠ — الطريقة الخاصة — الإدارة بطريقة الامتياز (concession de service public) : وهذه هى الطريقة التى تعيننا ، فإن التقنين المبنى عرض لها بالذات ونظم علاقة عمل المرفق العام بالملتزم . ولكننا رأينا أن عمل المرفق العام ، أيا كانت الطريقة التى يدار بها المرفق ، تسرى عليه أحكام واحدة هى الأحكام التى تسرى على عمل المرفق العام الذى يدار بطريق الالتزام ، وسيأتى بيان هذه الأحكام .

وفى هذه الطريقة تعهد السلطة الإدارية فى إدارة المرفق العام واستغلاله إلى ملتزم ، يقوم بتمويل المرفق ويستقل بتبعاته المالية ، فيستأثر بكل الأرباح ويتحمل كل الخسائر . ولما تحدد السلطة الإدارية ، فى عقد التزام المرفق العام وما يلحق به من وثائق ، الشروط التى يدار بها المرفق وطرق الإشراف على الإدارة والإجراءات التى تتبع فى ذلك ، كما تبين الحقوق والواجبات التى تكون للملتزم وعليه نحو السلطة الإدارية ونحو عملاء المرفق العام .

والملتزم ، فرداً كان أو شركة ، لا يعتبر موظفاً عاماً ، وإنما هو من أشخاص القانون الخاص ، وهو تاجر يبيع الربح من وراء الالتزام . ولكنه فى الوقت ذاته يدير مرفقاً عاماً يجب أن يكفل له الاستمرار والانتظام ومسيرة التطور ، ويجب أن يكفل لجمهور المتفعين للمرفق أسعاراً معقولة . فقد التزم

المرفق العام الذى تبرمه السلطة الإدارية مع الملزم يواجه هذين الاعتبارين المتعارضين ، مصلحة المتفعين بالمرفق ومصلحة الملزم ، ويوفق بينهما ما أمكن التوفيق ، فإن استعصى علت مصلحة المتفعين بالمرفق وهى مصلحة عامة على مصلحة الملزم وهى مصلحة خاصة . وتنتقل الآن إلى الكلام فى هذا العقد^(١) .

§ ٣ - عقد التزام المرفق العام

١٦١ - نص قانونى : تنص المادة ٦٦٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :
« التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال هذا المرفق فترة معينة من الزمن^(٢) » .

(١) وسواء أدير المرفق العام بطريق الالتزام أو بطريق الاستغلال المختلط ، فإنه يبقى مرفقاً عاماً ، ويجب التمييز بينه وبين المشروع الخاص الوجه أو الخاص لرقابة الإدارة (entreprise privée contrôlée) : انظر فى هذا التمييز بونار ص ٤٤٧ - ص ٤٤٨ .
(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩٠٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - التزام المرافق العامة عقد إدارى ، الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذه المرافق وبين الفرد أو الشركة التى يعهد إليها باستغلال المرفق عدة من السنين ، ٢ - ويكون هذا العقد الإدارى هو المهيمن على ما يبرمه المفاوض مع عمله من عقد . فيوجب على الملزم أن يؤدى الخدمات التى يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين ومن يستجد منهم لقاء ما يدفعونه من أجل تحمده قائمة الأسعار التى تقرها جهة الإدارة » .
وفى لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى تعديلاً جعلها مطابقة لما استقر عليه النص فى التقنين المدنى الجديد . وعدلت الفقرة الثانية على الوجه الآتى : « والروابط التماثلية التى تنشأ بين ملزم المرفق العام وعمله إذا كان هذا الملزم هو إحدى الجهات الحكومية لا تخضع عما ينشأ من الروابط إذا كان استغلال المرفق قد أعطى لجهة غير حكومية » . وأصبح رقم المادة ٩٩٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٦٩٦ . وفى لجنة الشيوخ تسالط أحد الأعضاء عما إذا كان استغلال حقول البترول والمناجم يعتبر من المرافق العامة فى تطبيق هذه المواد ، خاصة وأن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزام المرافق العامة فى مذكرته التفسيرية قد أخرج المشروعات الاقتصادية والتجارية من نطاق تطبيق أحكامه . فأجيب بأن المادة ١٣٧ من الدستور تنص على أن كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة فى البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور العامة وكل احتكار لا يجوز منحه إلا بقانون ، وما يصير التزاماً بإدارة مرفق عام هو الالتزام الذى يكون موضوعه مصلحة الجمهور ، ولذلك فإن استغلال حقول البترول والمناجم لا يعتبر التزاماً بإدارة مرفق عام (service public) بل هو استغلال مورد من موارد الثروة . ويلاحظ -

ولامقابل للنص في التقنين المدني القديم ، ولكن الحكم كان معمولاً به .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني
السوري م ٦٣٤ - وفي التقنين المدني الليبي م ٦٦٧ - وفي التقنين المدني
العراق م ٨٩١ - ولامقابل له في تقنين الموجبات والعقود اللبناني^(١) .

١٦٢ - عناصر عقد التزام المرفق العام : ويتبين من النص صالفة
الذكر أن عقد التزام المرفق العام له عناصر تميزه عن سائر العقود ، ويمكن
حصرها في ثلاثة :

(العنصر الأول) أن يكون عقد التزام المرفق مبرماً بين جهة الإدارة
المختصة بتنظيمه وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق كما نقول

= أن التزام المرافق العامة يبالغ من ناحيتين : فهو بالنسبة إلى العلاقة بين مانع الالتزام (الحكومة
أو الهيئات البلدية) والملتزم تخضع لأحكام القانون الإداري ، لأن ما يرد من شروط عن طريق
إدارة المرفق ومدته وغير ذلك له صفة اللامحة ، ولذلك فإن هذه الشروط لا علاقة لها بالقانون
المدني . أما بالنسبة للعلاقة بين الملتزم (concessionnaire) والمتنفعين (usagers) كما هو الحال
مثلاً في علاقة شركة المياه بالمستهلكين ، فهذه العلاقة تخضع لأحكام القانون المدني ، ولم تكن منظمة
بالتقنين الحالي (القديم) فرأى المشروع أن ينظمها ، وبخلاف فعل للقضاء على كثير من الخلاف
في تكييف هذه العلاقة . أما القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزام المرافق العامة ، فقد
نظم العلاقة الأولى وحى العلاقة بين الحكومة (مانحة الالتزام) وبين الملتزم ، فأحكامه تنجر
فرعاً من القانون الإداري لأنه إنما يتناول شروطاً لما كانا قبلاً صفة للامحة ، ولذلك لا شأن لأحكامه
بالقانون المدني . وبعد هذا الإيضاح وافقت اللجنة على الفقرة الأولى من المادة ، وحذت الفقرة
الثانية اكفاء بالرجوع إلى القواعد العامة فيما يتعلق بحكمها . وقد صارت المادة بعد حذف الفقرة
الثانية مطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار وقتها ٦٦٨ . ووافق عليها مجلس
الشيخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٧١ - ص ٧٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٣٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٦٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراق م ٨٩١ : ١ - التزام المرافق العامة عقد الفرض منه إدارة مرفق عام

في صفة اقتصادية . ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق
مدة محددة من الزمن بمقتضى قانون . ٢ - والروابط التصاقية بين القائم بالمرق وعملاته لا تختص
سواء كان القائم به جهة حكومية أو ملتزماً .

(وأحكام التقنين العراق تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لم ترد فيه نصوص في التزام المرافق العامة .

المادة ٦٦٨ فيها رأياً . فالملتعاقد الأول لابد أن يكون الجهة الإدارية التي أنشأت المرفق العام وقامت بتنظيمه . وتكون هذه الجهة هي الدولة ، أو أحد الأشخاص الإدارية المحلية : المحافظة أو المدينة أو القرية . والملتعاقد الآخر يكون في الغالب شركة وقد يكون فرداً ، والمهم أنه لا يعتبر بتعاقد على إدارة المرفق من أشخاص القانون العام أى موظفاً عاماً ، بل يعتبر من أشخاص القانون الخاص^(١) كما سبق القول .

(العنصر الثاني) أن يكون محل العقد إدارة مرفق العام واستغلاله . ويجب أن يكون هذا المرفق : كما يقول النص فيها رأياً : « ذا صفة اقتصادية » (٦٦٨ م مدني) ، فيكون من المرافق الاقتصادية الصناعية أو التجارية ، لامن المرافق الإدارية البحتة . وأكثر ما يمنع الالتزام في مرافق النور والماء والغاز والكهرباء والمواصلات بمختلف أنواعها . أما المرافق الإدارية البحتة ، كال دفاع والأمن والعائلة والصحة والتعليم ، فقد قدمنا أنها لا تدار بطريق الالتزام وإنما تدار إدارة مباشرة بطريق الريجي . وإذا أفسح مجال للنشاط الفردي الحر في بعض هذه المرافق ، كما في التعليم للمدارس الحرة وكما في الصحة للمستشفيات الخاصة ، فليس هذا معناه أن المرفق العام للتعليم أو للصحة يدار بطريق الالتزام ، فإن الدولة هي التي تديره في الأصل ، وتدع للجمعيات وللأفراد أن يسدوا ما قد تركه من فراغ لا عن طريق الالتزام بل عن طريق النشاط الفردي . وقد تنظم الدولة هذا النشاط الفردي تنظيلاً محكماً تصل به إلى أدق التفاصيل حتى يصبح الفرد أقرب إلى الملتزم ، كما هي الحال في تنظيم التعليم الحر حيث أصبح القائمون به الآن أقرب إلى الملتزمين من ناحية التنظيم والرقابة والتفتيش والإعانات ونحو ذلك .

(العنصر الثالث) أن يكون لعقد التزام المرفق العام مدة معينة ، أو كما تقول المادة ٦٦٨ مدني فيها رأياً « فترة معينة من الزمن » . فلا يجوز أن يكون العقد أبدياً ، أو لمدة غير معينة ، أو لمدة معينة بالغة في الطول . بل يجب أن تكون المدة بحيث تسمح للسلطة الإدارية بتغيير طريقة إدارة المرفق مع تطور

(١) وهو الذي يمثل المرفق العام مادام الالتزام قائماً ، فإذا سقط الالتزام أصبحت جهة الإدارة هي دون الملتزم التي تمثل المرفق (تقضى مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٦١ بمجموعة أحكام التقضى ١٢ رقم ١١٤ ص ٦٩٦) .

الظروف ، وفي الوقت ذاته تسمح للملتزم أن يقتضى من استغلال المرفق ما يكافئ نفقاته وفوائد رأس المال الذى استثمره . وقد وضع القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ، الصادر فى ٢١ يولييه سنة ١٩٤٧^(١) ، حداً أقصى لهذه المدة هو ثلاثون سنة ، فنصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه « لا يجوز منع التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة »^(٢) . ونصت المادة ٨ من

(١) وقد صدر هذا القانون قبل صدور التشريع المدنى الجديد ، وجاء في مذكرته الإيضاحية ما يأتى : « كان عقد التزام المرافق العامة - ولو أنه من العقود الإدارية - يعتبر فيما مضى عقداً مدنياً أو تجارياً ، وكان لكل الشروط الواردة فيه صيغة المتعاقدين ، فهى بذلك المثابة قانون المتعاقدين . فأصبح ذلك العقد بحسب أحكام مجلس الدولة العرفى وآراء الفقهاء الفرنسيين من شؤون القانون الإدارى ، وأصبحت لمنى المرافق العامة المنزلة الأولى ، وبدأ الملتزم يحاولون للإدارة في عمل له أثوق الصلات بالمصلحة العامة . ولقد وضع مجلس الدولة عدة قواعد في شأن علاقات مانع الالتزام والملتزم ، وأخص تلك القواعد ما قرر سلطة الإدارة في تنظيم المرافق العامة والإشراف على سيرها ، وعلى وجه الخصوص تحتها في وضع قوائم أسعار المرافق العامة وغرورة الاستمرار في المرفق العام ولو اقتضى ذلك تدخل مانع الالتزام ووجوب المحافظة على التوازن المالى للالتزام . ويرى القانون إلى بيان القواعد الأساسية التى يجب أن تراعى في منح التزامات المرافق العامة في مصر ، وهى تنطلق بشروط الحد الأقصى لمدة الالتزام ، وبإعادة النظر في قوائم الأسعار بعد كل فترة زمنية ، وتحديد أرباح الملتزم . والأخذ بهذه القواعد يكفل تحقيق الوحدة والتشابه في نظام الالتزامات ، إذ سوف لا يكون سبيل للخروج على أية قاعدة منها إلا بحكم تشريعى خاص » .

(٢) وكان الدستور المصرى الصادر في سنة ١٩٥٣ ينص في المادة ١٣٧ منه على أن التزامات المرافق العامة لا يمكن منحها إلا لمدة محدودة . ومع ذلك جرى العمل في الماضى مع منح التزام المرفق العام لمدة طويلة جداً قد تصل إلى تسع وتسعين سنة ، مما يتعارض مع روح الدستور . فأنت القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ يبين الحد الأقصى لمدة التزام المرفق العام . وتقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون في هذا الصدد : « لا شك في أنه لم يعد من المقبول إزاء ما نشهد من التطور السريع في المسائل الاقتصادية والاجتماعية ، أن تمنح التزامات لما يقرب من قرن . والحق أنه إذا حدد للالتزام مدة ثلاثين عاماً ، كفل ذلك للملتزم الانقضاء به المدة الكافية لاستهلاك ما قام به من نفقات الإنشاء ، فلم يكن إذن حاجة إلى أن يدل عن هذه القاعدة وأن يسمح بتجاوز هذه المدة إلا في حالات استثنائية تكون فيها النفقات بالغة في الزيادة » .

فإذا انتهت مدة الالتزام ، رجعت إدارة المرفق العام للإدارة كما هو الأصل ، ولا تعتبر الإدارة في هذه الحالة خلفاً للملتزم ، ومن ثم لا تلزم بما ترتب من ديون في ذمته بسبب إدارة المرفق . وقد قصت محكمة النقض بأنه إذا انتهت مدة الالتزام وعاد المرفق إلى الإدارة ، فإن هذه الأخيرة لا تعتبر بمثابة خلف خاص أوعام عن كان يقوم بإدارته ، ومن ثم فلا تلزم بما حلق من ديون أو التزامات في ذمة المستغل بسبب إدارة المرفق (نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام للنقض ٨ رقم ٢٩٦ ص ٤٩٦) .

نفس القانون على أن « تسرى أحكام هذا القانون من وقت صدوره على الالتزامات السابقة ، مع احترام المدد المتفق عليها بشرط ألا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ العمل به . وذلك مع عدم الإخلال بأحكام أى اتفاق صدر بقانون سابق على هذا القانون »^(١) .

إذا توافرت هذه العناصر الثلاثة ، كان هناك عقد الالتزام للمرفق العام . وهذا العقد ينشئ حقوقاً للملتزم ، ويرتب عليه واجبات . ويصرح المشروع التمهيدي للبادة ٦٦٨ مدنى بأن عقد الالتزام المرفق العام هو « عقد إدارى »^(٢) . فهذه مسائل ثلاث حقوق الملتزم وواجباته والتكييف القانونى لعقد الالتزام - نبحثها على التعاقب .

١٦٣ - مفقود الملتزم : والحقوق التى ينشئها عقد الالتزام للملتزم يمكن حصرها فى أربعة :

أولاً- الانفراد باستغلال المرفق العام عن طريق الاحتكار أو عن طريق الامتياز . ويغلب أن يمنح عقد الالتزام الملتزم حق الانفراد باستغلال المرفق العام ، فلا يجوز لغيره أن يستغل هذا المرفق : وهذا هو الاحتكار القانونى (moropie) . ويكون ذلك عادة فى المرافق العامة التى لا تخضع للمنافسة ، إذ يكون

— كذلك إذا أنهت جهة الإدارة الالتزام بالإسقاط وعاد المرفق إليها ، فلها لا تلتزم بشئ من الديون ، ما لم ينص فى عقد الالتزام على التزامها ، ذلك أن الملتزم لا يعتبر فى قيامه بإدارة المرفق وكيلا عن جهة الإدارة ، كما أنها لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام له . وإسقاط الالتزام يضع حداً فاصلاً بين الحراسة الإدارية التى كانت مفروضة على الملتزم وبين إدارة الدولة للمرفق ، ومن ثم تزول صفة الممارس الإدارى فى تمثيل الملتزم (نقض مدنى أول نوفمبر سنة ١٩٦٢ بمجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٤٤ ص ٩٥٢ - وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٦١ بمجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١١٤ ص ٦٩٦ - ٢٣ مايو سنة ١٩٦٢ بمجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٩٨ ص ٦٤٦) .

(١) وجاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون فى صدد المادة الثامنة : « الأحكام الواردة فى المواد ٦٥ و ٧٠ فى الواقع مجموعة من القواعد مستقلة عن شروط عقود الالتزام واجبة التطبيق ولو لم ينص عليها فى وثيقة الالتزام ، بل لئن نص على شروط تعاقدية تخالفها ، إذ الأمر فيها يتعلق بمبادئ تملو على الاتفاقات التى تعتبر قانوناً للمتعاقدين . فيجب إذن أن يعمل بها من تاريخ نشرها فى كل التزام مهما يكن تاريخ منحه . وقد وضعت المادة الثامنة لتعين بنص صريح مدى تطبيق هذه الأحكام » .

(٢) مجموعة الأعمال التفسيرية • ص ٧١ - ص ٧٢ - وانظر أنفاً فقرة ١٦٥ فى المحاش .

فيها ضياع للأموال والجهود . مثل ذلك مرفق السكة الحديدية في منطقة معينة لا يحتمل أن يديره أكثر من ملتزم واحد ، وإلا كانت الجهود والأموال التي تبذل في إدارة المرفق مضاعفة في غير فائدة تعود على العميل ، إذ أن حايته مكفولة من غير حاجة إلى المنافسة . وكذلك الأمر في مرافق توريد النور والغاز والكهرباء والماء وما إلى ذلك . وقد لا يمنع الملتزم حق الاحتكار القانوني ، بل يمنح حق امتياز (priviège) . ومعنى ذلك أن غيره من الأفراد أو الشركات لا يمنع قانوناً من استغلال المرفق ، ولكن السلطة الإدارية تتعهد للملتزم بالألا تمنح لغيره من المنافسين له التسهيلات التي تمنحها إياه ، كالترخيصات اللازمة والإعانات وما إلى ذلك^(١) . فيصبح الملتزم محتكراً للمرفق احتكاراً فعلياً ، بحكم ألا أحد يقوى على منافسته . ويندر أن تمنح السلطة الإدارية التزاماً دون أن تجعل الملتزم محتكراً له احتكاراً قانونياً أو احتكاراً فعلياً على الوجه الذي قدمناه . ولكن يقع في بعض الأحيان أن تفعل ذلك ، كما في مرفق المواصلات حين تمنح السلطة الإدارية التزام تسيير خطوط الترام الكهربائية للملتزم والتزام تسيير خطوط الأوتوبيس للملتزم آخر ، ولكن وسائل المواصلات هنا كما نرى مختلفة^(٢) .

ثانياً — تمكين الملتزم من أن يقوم بالأعمال اللازمة لإدارة المرفق واستغلاله . فتعنه السلطة الإدارية الترخيصات اللازمة ، وتسمح له باستعمال الطريق العام أو الأموال العامة التي يلزم استعمالها لإدارة المرفق ، وتحوّل سلطات إدارية للقيام بالإنشاءات اللازمة للمرفق من نحو حق نزع الملكية وحق تحرير محاضر للمخالفات . وقد يكون من الضروري ، في بعض المرافق العامة التي يقتضى استغلالها نفقات باهظة للصرف على إقامة المنشآت ثم على الصيانة والإدارة ، أن تقدم السلطة الإدارية للملتزم معونة مالية في صور مختلفة . فقد تمنحه إعانات دورية ، أو قروضاً تسدد على آجال طويلة من ربيع المرفق ، أو تكفل له ربحاً معيناً أو تكفل لأسهم الشركة سعراً معيناً للفائدة لاتنزل عنه وفي هذه الحالة يغلب أن تشارك الإدارة الملتزم فيما يزيد على هذا الربح المعين^(٣) .

(١) قالين ص ٣٥٧ .

(٢) وفي مقابل احتكار الملتزم للمرفق احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، يوجب ألا يكون له على آخر غير إدارة المرفق واستغلاله (انظر في هذه المسألة دولا ن فقرة ١٥١ ص ١٣١) .

(٣) انظر في ذلك قالين ص ٣٥٦ — ص ٣٥٧ — محمد قواد منها ص ١٦١ .

ثالثاً - تقاضى رسوم من المتفعين بالمرفق ، أى العملاء المستهلكين ، مقابل انتفاعهم . وهذا المقابل لا يعتبر أجره (loyer) تسرى عليها أحكام القانون المدني ، بل هو رسم (taxe) تسرى عليه أحكام القانون الإدارى . ومن ثم يكون للسلطة الإدارية وحدها حق تقرير رسوم الانتفاع بالمرافق العامة ، « ويكون لتعريفات الأسعار التى قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التى يبرمها الملتزم مع عملائه ، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها » (م ٦٧١/مدنى) . وللسلطة العامة كذلك الحق فى تعديل قوائم الأسعار بالمرفق أو بالخفض تبعاً لمقتضيات المصلحة العامة^(١) ، وتقول الفقرة الثانية من المادة ٦٧١ مدنى فى هذا الصدد : « ويجوز إعادة النظر فى هذه القوائم وتعديلها .. » ، وتقول المادة ٥ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالالتزامات والمرافق العامة : « لمنح الالتزام دائماً متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه . . قوائم الأسعار الخاصة به ، وذلك مع مراعاة حق الملتزم فى التعويض إن كان له محل » . والرسوم التى يتقاضاها الملتزم من عملائه يستملك بها رؤوس الأموال التى يستثمرها فى المرفق وكذلك المصروفات التى ينفقها فى إدارته ، مع ضمان ربح معقول يجنيه . وقد وضع القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ حداً أقصى لهذا الربح المعقول ، فنصت المادة ٣ من هذا القانون على أنه « لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية فى صافى أرباح استغلال المرفق العام عشرة فى المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانع الالتزام ، وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال . وما زاد على ذلك من صافى الأرباح يستخدم أولاً فى تكوين احتياطي خاص للسنوات التى تقل فيها الأرباح عن عشرة فى المائة من رأس المال . ويستخدم مابقى من هذا الزائد فى تحسين وتوسيع المرفق العام أو فى خفض الأسعار ، حسبما يرى من مانع الالتزام^(٢) » ؛

(١) رولان فقرة ١٥٢ - يوفار ص ٥٥٥ - ص ٥٥٦ .

(٢) وتقول الفقرة الإيضاحية للقانون فى هذا الصدد : « هذه المادة تنص على أنه لا يجوز أن يتجاوز حصة الملتزم الأولى فى صافى أرباح استغلال المرفق عشرة فى المائة من رأس المال الموظف فى المرفق والمرخص فيه من مانع الالتزام . ويجب أن يكون هذا المبلغ الحد الطبيعي لجزءه الملتزم ، إذ لا يجوز أن يطبق كما هو الحال فى المشروعات الصناعية أو التجارية فى أرباح غير محدودة؛ فإن استغلال المرفق العام ليست له صفة المضاربة التى تكون لكل تلك المشروعات -

رابعاً - الحق في التوازن المالي للمرفق (équilibre financier de service)
والأصل أن التزام المرفق العام لا يخلو من المخاطرة ، فالملتزم يسعى للربح ويتعرض للخسارة . والمفروض في كل ذلك أنه يئذل عناية الشخص المعتاد في إدارة المرفق واستغلاله . فإذا ارتكب خطأ جشمه خسارة ، وجب عليه أن يتحملها وحده مهما كانت فادحة ، فإنه هو الذي بخطئه تسبب فيها . وإذا نزل عن عناية الشخص المعتاد في إدارة المرفق ، فنجم عن تقصيره في الإدارة أن تكبد خسارة ، وجب عليه هنا أيضاً أن يتحملها وحده . أما إذا لم يرتكب خطأ ، وبذل في الإدارة عناية الشخص المعتاد ، فإنه يكون مع ذلك معرضاً لخسارة مألوفة يقابلها ربح محتمل . وإلى هنا لم يخل التوازن المالي للمرفق . وإنما يخل هذا التوازن في إحدى حالتين : (الحالة الأولى) أن يواجه الملتزم في إدارته للمرفق عملاً للسلطة الإدارية تقلب به الميزان المالي للمرفق ، كان تحدث تعديلات جوهرية في نظام المرفق أو تخفض الأسعار تخفيضاً كبيراً ، وينجم عن ذلك خسارة فادحة تصيب الملتزم . فهنا يخل التوازن المالي للمرفق ، والملتزم أن يرجع على السلطة الإدارية بما يعيد هذا التوازن ، لأن هذه السلطة هي التي بفعلها أخلت به . (والحالة الثانية) التي ينشأ فيها للملتزم الحق في التوازن المالي للمرفق هي ظروف طارئة ، لم تكن في الحسبان ، لا تنسب إلا إلى مانع الالتزام ولا إلى الملتزم ، وتجعل استغلال المرفق بالشروط المقررة وبالأسعار المحددة من جانب السلطة العامة مرهقاً للملتزم بحيث يهدده بخسارة فادحة . وهذه هي نظرية الظروف الطارئة قررها القانون الإداري كما هو معروف قبل أن تنتقل إلى القانون المدني . وبموجب هذه النظرية يكون للملتزم الحق في إعادة التوازن المالي للمرفق ، بتعديل شروط استغلاله أو برفع الأسعار حتى

« حيث يجب أن يقابل أخطارها الكبرى الأمل في أرباح لا تكون دون تلك الأخطار كبيراً وقلداً . والحق أن الملتزم يتمتع بمركز تاز ، فإن له غالباً احتكاراً يحكم القانون أو الواقع يقية المنافسة . ومن جانب آخر فإن نظرية الظروف غير المتوقعة التي تقرها المادة السادسة من القانون تجعل الملتزم بمنجاة من الأخطار الكبرى التي تنتج عن حوادث لم يكن يستطيع توقعها ، والتي تجعل استغلال التزام المرفق العام يهود عليه بالخسارة . وأخيراً فقد استقر الرأي في السنوات الأخيرة على وجه الخصوص في الفقه الفرنسي على أن في التزام المرافق العامة من صفة المصلحة العامة وماله من وثيق الاتصال بها لا يسمح للملتزم أن يحنى من استغلاله أرباحاً باهظة ، يقع ضررها على الأشخاص على المتفنيين بها » .

لا يتحمل وحده كل الخسارة التي نجمت عن هذه الظروف الطارئة^(١). وعلى العكس من ذلك إذا كانت الظروف الطارئة جعلت الملتزم ينجى أرباحاً فاحشة، جاز للسلطة الإدارية أن تخفض الأسعار أو أن تعدل تنظيم المرفق وقواعد استغلاله، حتى تنخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المعقول. وقد أقر القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ نظرية الظروف الطارئة بشروطها. فنصت المادة ٦ من هذا القانون على أنه «إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها، ولا بد للمانع الالتزام أو الملتزم فيها، وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدراً وقت منح الالتزام، جاز للمانع الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار، وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله، أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المعقول»^(٢).

١٦٤ - وإمبات الملتزم: كانت الفقرة الثانية من المادة ٩٠٦ من

(١) انظر قالين ص ٣٦٣ - ص ٣٩٦ - رولان ققرة ١٥٥ - بونار ص ٥٦٧ - ص ٥٧٧ - عمدة قواد منها ص ١٦٢ - ص ١٦٥.

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون في هذا الصدد: «عند التعديلات التي تفرضها إرادة مانع الالتزام وتكون ما يمكن أن يسمى «الخطر الإداري»، توجد تعديلات أخرى خارجة عن إرادة مانع الالتزام أو الملتزم ولم تكن تتوقع وقت منح الالتزام وهو ما يمكن أن يسمى «بالخطر الاقتصادي». وهو إذا أصبح غير عادي بحيث يترتب عليه الإخلال بالتوازن المالي للالتزام، فإنه يجب في هذه الحالة إعادة النظر في الشروط الأصلية الواردة بوثيقة الالتزام ليتيسر استمرار السير المنظم للمرفق العام موضوع الالتزام. فالمادة السادسة تقرر نظرية الظروف غير المتوقعة التي نبئت من الصعوبات التي لقيها ملتزم المرافق العامة إبّان الحرب الماضية وعقبها بسبب ارتفاع الأسعار ولم تطبق حتى الآن إلا لمصلحة الملتزم. وعلى مبدأ التوازن المالي الذي لاحظ الطرفان وقت التعاقد وجوب استمراره طوال مدة الالتزام، بني الواجب الذي فرض على مانع الالتزام بأن يوفر للملتزم في الحالات التي يصح وصفها بأنها ظروف غير متوقعة مزايا لا شأن لها بمقدار الالتزام، كرفع الأسعار وخفض تكاليف الملتزم أو منحه إعانة. فن المعقول إذن، إذا اضطرت التوازن المالي لمصلحة الملتزم، أي إذا طرأت ظروف غير متوقعة وخارجة عن إرادة المتعاقدين تحقق له سببها أرباح غير عادية لم تكن تتوقع وقت منح الالتزام، كان هذا الإخلال مبرراً لإعادة النظر في الشروط الأصلية الواردة في الالتزام للتزول بالأرباح الباهظة إلى القدر المعقول. وأوجب ما يكون هذا الحل إذا كانت هذه الأرباح ناتجة عن أسعار مرتفعة جداً تحول دون قيام المرفق العام بمجابات الجمهور أو تحقيق الضرورات العامة التي اقتضت إنشاؤه».

المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : « يكون هذا العقد الإدارى (عقد المرفق المرفق العام) هو المهيمن على ما يرمه المفاوض مع عملائه من عقود . فيوجب على الملتزم أن يودى الخدمات التى يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين ومن يستجد منهم ، لقاء ما يدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التى تقررها جهة الإدارة^(١) . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة مجلس الشيوخ « اكشفاء بالرجوع إلى القواعد العامة »^(٢) . والنص المحذوف ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن العمل به بالرغم من حذفه . فعقد الالتزام إذن يوجب على الملتزم أن يودى الخدمات التى يتكون منها المرفق إلى العملاء . وفى بعض الحالات يوجب عقد الالتزام على الملتزم أيضاً أن يقوم بالإنشاءات اللازمة لتسيير المرفق وإدارته واستغلاله . فيترتب إذن فى ذمة الملتزم بموجب عقد الالتزام التزامان :

أولاً- القيام بالإنشاءات اللازمة لتسيير المرفق ، إذ كثيراً ما يحتاج المرفق إلى إنشاءات لازمة لتسييره . فرافق النور والماء والغاز محتاج إلى مد مواسير فى جوف الأرض ، وإعداد أجهزة لتوليد الكهرباء وتقطير الماء ، وما إلى ذلك . ومرفق السكك الحديدية يحتاج إلى مد قضبان حديدية ، وإنشاء محطات ، ونحو ذلك . وقد احتاجت الشركة التى منحت التزام ضاحية مصر الحديدية إلى تشييد مساكن عديدة وتزويدها بالنور والماء ، ومد ترام المترو لتوصيل الضاحية بوسط مدينة القاهرة . كذلك احتاجت الشركة التى منحت التزام قنال السويس إلى إنفاق مصروفات باهظة فى حفر القنال وما تحتاج إليه حركة مرور السفن من منشآت وغيرها . فهذه المنشآت يجعلها عقد الالتزام عادة على الملتزم ، وقل أن تعتمد السلطة الإدارية إلى إقامة المنشآت بنفسها ثم تمنح بعد ذلك التزام المرفق للملتزم^(٣) . والغالب أن الذى يدفع السلطة الإدارية إلى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٧٢ - وانظر آنفاً فقرة ١٦٠ فى المامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٧٤ - وانظر آنفاً فقرة ١٦٠ فى المامش .

(٣) وعندما يقيم الملتزم المنشآت اللازمة ، ويحضر الأدوات والآلات والمهمات المخصصة للإدارة المرفق ، يكون كل هذا ملكاً خاصاً لا ملكاً عاماً . وكل ملك خاص يكون قابلاً للحجز عليه وللمر الحجز من إجراءات التنفيذ . ولكن صدر القانون رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ بضيف مادة عديدة للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة ، وهى المادة ٨ مكررة وتنص على ما يأتى : « لا يجوز الحجز ولا إتخاذ إجراءات تنفيذ أخرى على المنشآت والأدوات والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرافق العامة » .

الالتزام لطريقة الالتزام هو ما يتكلفه المرفق من نفقات باهظة في المنشآت اللازمة لتسييره ، مما يجعلها تفضل أن تدبر المرفق بطريق الالتزام ، فيتحمل الملتزم هذه النفقات ويسترها في المدى الطويل عن طريق استغلال المرفق . ومتابعة التطور التاريخي لالتزام المرافق العامة تبين أن هذا الالتزام بدأ أولاً يكون التزاماً بأشغال عامة (concession de travaux publics) هي هذه المنشآت الضرورية لتسيير المرفق ، ويكون الالتزام بإدارة المرفق تبعاً لها لا أصلاً . ذلك أن استغلال المرفق - ويستتبع ذلك إدارته - كان يعتبر هو المقابل الذي يأخذه الملتزم في نظير تنفيذ الأشغال العامة التي يتطلبها إنشاء المرفق . ثم بدأ الالتزام بإدارة المرفق يتميز عن الالتزام بالأشغال العامة حتى أصبح مستقلاً عنه ، وساعد على ذلك تطور المرافق العامة المتعلقة بالمواصلات البرية والبحرية والحيوية . بل أصبح الالتزام بالأشغال العامة ، كما رأينا ، تابعاً للالتزام بإدارة المرفق العام ، بعد أن كان متبوعاً^(١) .

ثانياً - القيام بإدارة المرفق ، وهذا هو الالتزام الجوهري الذي يترتب في ذمة الملتزم ومن أجله منح الالتزام . ويتضمن ذلك أن يكفل للمرفق الاستمرار والانتظام ومسايرة التطور على الوجه الذي منبئ به عند الكلام في العقد بين الملتزم والعميل . وسنرى كذلك أن على الملتزم أن يتقيد بالأسعار التي وضعها السلطة العامة بما ياحتجها من تعديلات تقتضيها المصلحة العامة ، وأن يكفل المساواة بين العملاء فلا يميز أحداً منهم على الآخرين . وسواء منح الملتزم الالتزام مساومة أو عن طريق مناقصة عامة ، فإنه في الحالتين قد اختبر لاعتبارات شخصية فيه ، فلا يجوز أن ينزل عن الالتزام إلى غيره دون موافقة مانح الالتزام ، فإذا نزل عن الالتزام دون موافقته كان النزول باطلاً وجاز لمانع الالتزام إسقاطه عن الملتزم الأصلي ذاته^(٢) .

ويخضع الملتزم ، في القيام بإدارة المرفق واستغلاله ، لرقابة مانح الالتزام وإشرافه . وهذه الرقابة تتحكم ، سواء نص عليها عقد الالتزام أو لم ينص .

(١) انظر في هذه المسألة ديجيه سنة ١٩٢٥ الجزء الخامس ص ٥٧٠ - بولتر ص ٤٦٧ - توفيق شحاته ص ٣٠ - ص ٣٢ .
(٢) جيز ٤ ص ١٩٣ وما بعدها - توفيق شحاته ص ٨٤ - ص ٨٦ - استئناف مختلف ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤٤ .

ذلك أن المرفق العام يجب أن يدار طبقاً للشروط المينة في عقد الالتزام وفي دفتر الشروط (cahier des charges)، وفي الوقت ذاته طبقاً للشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من قوانين (م ٦٦٩ مدني وسيأتي ذكرها). وهذه خاصية جوهرية من خواص المرفق العام. فلا بد أن تبسط السلطة الإدارية رقابتها وإشرافها كامليْن على إدارة المرفق. وكثيراً ما يبين عقد الالتزام طرق هذه الرقابة وسبل هذا الإشراف والإجراءات التي تتبع لتحقيق كل ذلك. ولكن، حتى لو كان عقد الالتزام ساكناً عن هذا، أو حتى لو تضمن شروطاً مخالفة، فإنه يتحتم كما قلنا أن تبسط السلطة الإدارية رقابتها وإشرافها على إدارة المرفق العام، حتى تحمي مصالح الجمهور، وحتى تحمي مصالحها بالذات فهي قد تكون مسئولة عن إعانة الملتزم بمقدار ما يسد العجز الناجم عن استغلال المرفق، فلا بد من الرقابة حتى تطمئن السلطة الإدارية إلى أن مصالح الجمهور مكفولة وإلى أن تبعاتها المالية لا تتجاوز الحدود الواجبة. وتنوع الرقابة التي تبسطها السلطة الإدارية على الملتزم في إدارته، فهي رقابة فنية ورقابة إدارية ورقابة مالية. ولكل من هذه الأنواع الثلاثة من الرقابة وسائل وإجراءات يبينها عقد الالتزام، فإن سكت العقد عن ذلك بينها التشريع والمبادئ العامة المقررة في القانون الإداري. فلما كان الالتزام أن يعين مندوبين عنه في مختلف الفروع والإدارات التي ينشأ الملتزم لاستغلال المرفق، وعلى الملتزم أن يقدم لهؤلاء المندوبين ما يطلبونه من معلومات وبيانات وإحصاءات. كذلك يكون لمانح الالتزام الحق في أن يعهد إلى أية هيئة عامة أو خاصة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية. وكما تكون الرقابة بعد تنفيذ أعمال الإدارة التي يقوم بها الملتزم، كذلك تكون قبل تنفيذها حتى تكون رقابة فعالة مانعة. وقد تصل الرقابة إلى حد النص في عقد الالتزام على أن يكون لمانح الالتزام الحق في تعيين المدير الفني للمرفق أو في الموافقة على تعيينه، أو في تعيين بعض من أعضاء مجلس الإدارة. ولا حدود للرقابة التي يبسطها مانح الالتزام على إدارة الملتزم، إلا في ألا تكون هذه الرقابة سبباً لخروج المرفق عن الأغراض التي خصص لها، وأن تستعمل في حدود القوانين والنظم والإجراءات المرسومة، وألا تقلب إلى تدخل

مباشر في إدارة المرفق حتى لا تتحول من إدارة بطريق الالتزام إلى إدارة مباشرة بطريق الريجي^(١).

وقد أفاض القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالالتزامات المرافقة العامة في رسم مدى الرقابة التي يبسطها مانع الالتزام على إدارة الملتزم ، فنصت المادة ٧ من هذا القانون (المعدلة بالقانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ ثم بالقانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨) على ما يأتي : ١ - لمانع الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية . ٢ - وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف القروغ والإدارات التي ينشأ الملتزم لاستغلال المرفق . ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمانع الالتزام . ٣ - ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية ، بناء على اقتراح الوزير مانع الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام ، أن يعهد إلى ديوان المحاسبة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية ، أو أن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة . ٤ - كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفي وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتتولى أمر من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة . ٥ - وفي هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أو الهيئة أو اللجنة المكلفة بالرقابة دراسة النواحي التي ينيط بها رقابتها ، وتقديم تقرير بذلك إلى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام . ٦ - وعلى الملتزم أن يقدم إلى مندوبي الجهات التي تتولى الرقابة وفقاً للأحكام السابقة كل ما قد يطلبون من أوراق أو معلومات أو بيانات أو إحصاءات ، كل ذلك دون الإخلال بحق مانع الالتزام في فحص الحسابات والتفتيش على إدارة المرفق في أي وقت^(٢).

(١) استئناف مخطط ٢٦ مايو سنة ١٩١٢ جازيت ص ٢ - ٢٧٧ - ٢٦ يوفيه سنة ١٩٢٠ جازيت ١١ رقم ٧٠ ص ٤٣ - ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ رقم ٣٣٢ ص ١٩٥ - ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ جازيت ١٤ رقم ٣٣٩ ص ٣١٧ - مصر المخططة مستعبل ٢٦ مايو سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ ص ٢٩ - الإسكندرية المخططة ١٦ يوفيه سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ رقم ٣٣٣ ص ١٩٦ - جيز ٤ ص ٣٣١ وص ٣٣٦ - توفيق شحاته ص ٩١ - ص ٩٨ . (٢) وكانت المادة ٧ الأصلية من قانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ تجرى على الوجه الآتي : « لمانع الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره ، كما له أن يراقب إدارة الملتزم المالية . وله في هذا السبيل أن يفرض على الملتزم تقديم أية كشوف أو بيانات ، أو أن -

١٦٥ — التكييف القانوني لعقد الالتزام : كان الرأي السائد طوال القرن التاسع عشر في فرنسا وفي مصر أن عقد الالتزام هو عقد مدنى (contrat civil) يخضع للقواعد المدنية المقررة في العقود ، وأهم هذه القواعد أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين (م ١٤٧ مدنى) . والشروط التي لا يجوز نقضها ولا تعديلها هي الشروط الواردة في عقد الالتزام وفي دفتر الشروط (cahier des charges) الملحق به . ولما كانت هذه الشروط تقرر عادة كيفية تنظيم المرفق وطرق تسييره وإدارته واستغلاله والأسعار التي يتقاضاها الملتزم من عملاء المرفق والضمانات التي تكفل مصالح هؤلاء العملاء ، فإن أكثر هذه الشروط كما نرى تتعلق بحقوق الغير سواء كانوا هم العملاء أو كانوا الموظفين الذين يستخدمهم الملتزم في إدارة المرفق واستغلاله . لذلك حاولت هذه النظرية التقليدية أن تعلق كيف يتأثر هؤلاء الغير بعقد لم يكونوا طرفاً فيه ، ويكسبون منه حقوقاً على الوجه المتقدم الذكر . وقد فسرت ذلك بأنه اشتراط لمصلحة الغير ، فتكون السلطة الإدارية هي المشترط والملتزم هو التمتع والعملاء والموظفون هم المتفعون . وقد كسبوا من عقد الالتزام هذا حقاً مباشراً يستطيعون أن يتمسكوا به قبل الملتزم ، ويقولون التعاقد معه على أساس عقد الالتزام يكونون قد قبلوا هذا الحق فأصبح غير قابل للنقض طبقاً للقواعد المقررة في الاشتراط لمصلحة الغير . وقد بقيت هذه النظرية التقليدية صائدة كما قدمنا طوال القرن التاسع عشر ، وكانت نظرية المرافق العامة لا تزال ناشئة . وما لبثت عيوب هذه النظرية أن تبدت ، وأهم هذه العيوب أنها تجعل عقد الالتزام جامداً لا يتطور ، ولا تستطيع السلطة الإدارية أن تعدل شروط تنظيم المرفق وتسييره ولا الأسعار المقررة إلا برضاء الملتزم . فهي تولى الملتزم

« يفحص حساباته في أى وقت » . ثم صدر القانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ بمدل النص على الوجه الآتى : « ١ — لمانع الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من التراعى الفنية والإدارية والمالية . ٢ — وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والإدارات التي ينشأها الملتزم لاستغلال المرفق . ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك التراعى وتقديم تقرير بذلك لمانع الالتزام . ٣ — وعلى الملتزم أن يقدم هؤلاء المندوبين ما قد يطلبونه من معلومات أو بيانات أو إحصاءات ، دون الإخلال بحق مانع الالتزام في فحص الحسابات أو التفتيش على إدارة المرفق في أى وقت » . ثم صدر أخيراً القانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ بمدل النص على الوجه المبين بالمتن .

حماية تتعارض مع طبيعة المرفق العام ومقتضياته وما يجب للإدارة من سلطة تستطيع بموجبها أن تساير بالمرفق ما يقتضيه التطور ، فتعدل بمحض سلطانها ، دون حاجة إلى رضا الملزم ، نظم المرفق وأسعاره على الوجه الذى تقتضيه المصلحة العامة .

ومن ثم نشأت نظرية أخرى ، انتشرت بوجه خاص في ألمانيا وإيطاليا ، تذهب إلى أن عقد الالتزام إنما هو تصرف قانونى من جانب واحد هو جانب السلطة الإدارية ، فهى التى وضعت شروط الالتزام ونظم المرفق وقررت الأسعار ، ولم يفعل الملزم إلا أن يقبل الخضوع لإرادة السلطة الإدارية . وتترتب النظرية على ذلك أن السلطة الإدارية تستطيع بمحض سلطانها أن تعدل من شروط الالتزام ونظم المرفق والأسعار المقررة ، إذ أن هذا كله هى التى وضعته بإرادتها المنفردة ، فتستطيع أن تعدله بإرادتها المنفردة كذلك دون حاجة إلى رضا الملزم . وعيب هذه النظرية أنها تغفل بناتاً إرادة الملزم ، مع أن هذه الإرادة تلعب دوراً أساسياً في تكوين عقد الالتزام ولولاها لما تكون هذا العقد . ثم إنها تطلق يد الإدارة في عقد الالتزام بجميع مشتملاته ، حتى فيما يتعلق منه بالحقوق الشخصية التى يكسبها الملزم من هذا العقد ، فتستطيع الإدارة بسلطانها المطلق أن تعدل في هذه الحقوق وأن تنقص منها كما تشاء دون أن يكون للملزم رأى في ذلك . وبالقدر الذى قيدت به النظرية التقليدية يد الإدارة وغلبت عن أن تعدل شروط عقد الالتزام حتى ما كان منها متعلقاً بنظم تسيير المرفق ، أطلقت نظرية التصرف القانونى من جانب واحد يد الإدارة وبسطت سلطانها في تعديل شروط عقد الالتزام حتى ما كان منها متعلقاً بالحقوق الشخصية للملزم .

وقد نبذ في الوقت الحاضر كل من النظريتين . وقامت نظرية حديثة — قال بها ديجيه وجيز وقالين من كبار رجال الفقه الإدارى في فرنسا — تذهب إلى أن عقد الالتزام ليس من جهة عقداً مدنياً ، ولا هو من جهة أخرى تصرف قانونى من جانب واحد ، بل هو عقد إدارى (contrat administratif) . فعقد الالتزام إذن ، بالرغم من أنه عقد يتكون من توافق لإرادتين إرادة السلطة الإدارية وإرادة الملزم . إلا أنه لا يخضع في جميع مشتملاته لقواعد القانون المدنى ، بل يخضع للقانون الإدارى في نواحيه المتعلقة بتنظيم المرفق وإدارته وأسعاره المقررة . وهذه النظرية الحديثة هى النظرية التى أراد التقنين المدنى

المصري أن يأخذ بها ، ونرى أثر ذلك واضحاً في المشروع التمهيدى لهذا التفتين . فقد كانت المادة ٩٠٦ من هذا المشروع تنص على أن « ١ - التزام المرافق العامة عقد إدارى . . . ٢ - ويكون هذا العقد الإدارى هو المهيمن على ما يبرمه المفاوض مع عملائه من عقود ، فيوجب على الملتزم أن يؤدى الخلفيات التى يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين ومن يستجد منهم لقاء ما يدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التى تقرها جهة الإدارة » . وفى لجنة المراجعة أغفل وصف العقد بأنه « إدارى » دون أن يذكر سبب ذلك^(١) . ويغلب أن يكون السبب راجعاً إلى الرغبة فى تجنب اعتناق مذهب فقهى فى النصوص التشريعية ، ولكن سائر النصوص التى تنظم التزام المرافق العامة والعقد الذى يبرمه الملتزم مع عملائه تبين فى وضوح أن عقد التزام المرفق العام هو عقد إدارى ، تستطيع الإدارة بمحض سلطانها تعديل نواحيه التنظيمية^(٢) .

١٦٦ - ما يترتب من النتائج على أنه عقد الالتزام هو عقد إدارى :
وأهم النتائج التى تترتب على أن عقد الالتزام عقد إدارى ، أُوْهُو كما يقول ديجيه تصرف مركب (acte complexe) فلا تسرى القواعد المدنية فى جميع نواحيه، أنه يجب التمييز فى هذا العقد بين طائفتين من النصوص : نصوص تعاقدية (clauses contractuelles) ونصوص تنظيمية (clauses réglementaires)^(٣)

(١) فالنصوص التعاقدية ، وهذه تخضع لقواعد القانون المدنى فلا يجوز نقضها ولا تعديلها إلا باتفاق المتعاقدين ، هى النصوص المتعلقة بما ينشئه عقد الالتزام من حقوق والالتزامات شخصية (droits et obligations subjectifs) للملتزم . وهذه تتعلق بمدة الالتزام ، وبشروط استرداده (rachat) ، وبالالتزامات المالية المتعاقبة المترتبة فى ذمة كل من الملتزم ومانح الالتزام ، كالتزام مانح الالتزام

(١) مجموعة الأعمال الحضرية ٥ ص ٧١ - ص ٧٢ - وانظر أيضاً فقرة ١٦٠ فى المامس .

(٢) وقد قضت محكمة الإسكندرية المختلطة بأن العقد ما بين الإدارة والملتزم ليس عقداً مدنياً ، بل هو عقد من نوع خاص (uni generis) (الإسكندرية المختلطة ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٠) .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٩٤ - رولان فقرة ١٤٩ -

يونان ص ٥٦١ - ص ٥٦٢ .

يُمنح إعانة للملتزم أو بكفالة مقدار معين من الربح ، وكان الالتزام الملتزم يدفع مبلغ من المال للمانع الالتزام أو بإشراكه في أرباح المرفق بنسبة معينة . ويمكن القول مع ديجيه^(١) إن النصوص التعاقدية هي تلك النصوص التي ما كانت لتوجد لو أن المرفق أدير مباشرة بطريق الريجي ، فهي نصوص اقتضاها قيام ملتزم يدير المرفق وضرورة تنظيم العلاقات الناتجة بينه وبين مانع الالتزام .

(ب) أما النصوص التنظيمية فهذه تتعلق بتنظيم المرفق في ذاته ، ووضع طرق مرسومة لإدارته بما يكفل له الاستمرار والانتظام ومسايرة التطور ، وتقرير أسعار موحدة يتقاضاها الملتزم من العملاء بحيث لا يمتاز عميل على آخر ، وتقرير حق السلطة الإدارية في استرداد المرفق قبل انقضاء مدته إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، أما شروط هذا الاسترداد ومقدار مائدفعه الإدارة من تعويض للملتزم فهذه كما قلنا تدخل في النصوص التعاقدية التي لا يمكن نقضها أو تعديلها إلا باتفاق الطرفين . وهذه النصوص التنظيمية هي النصوص التي يجب أن توجد لتنظيم المرفق وإدارته ، سواء تولى الإدارة ملتزم أو تولتها السلطة الإدارية مباشرة بطريق الريجي . فهي قانون المرفق العام ، ومن ثم فهي نصوص تنظيمية لها حكم القانون . تملك السلطة الإدارية محض سلطانها ، ومن غير موافقة الملتزم ، نقضها أو تعديلها بما يتفق مع المصلحة العامة^(٢) . وهذه الولاية في النقص والتعديل تخلص للسلطة الإدارية باعتبارها المهيمنة على المصلحة العامة التي يحققها المرفق ، إذ المرفق حتى لو أدير بطريق الالتزام لا يزال مرفقاً عاماً ، يجب أن يدار بما يحقق المصلحة العامة التي أنشئ من أجلها ، ومصدر هذه الولاية هي المبادئ المقررة في القانون الإداري ، سواء وجد نص تشريعي يمنح الإدارة هذه الولاية أو لم يوجد ، وسواء نص في عقد الالتزام على أن يكون للإدارة هذه الولاية أو لم ينص ، بل حتى لو نص في عقد الالتزام ألا يكون للإدارة هذه الولاية فإنها تثبت للإدارة بالرغم من هذا النص . ولا يحد من هذه الولاية إلا قيدين : (أولاً) أن تستعملها الإدارة لتحقيق المصلحة العامة ، فلا تصف في استعمالها ، ولا تستعملها على وجه يخرج المرفق عن الغرض الذي أنشئ من أجله أو يحوله من أن تكون

(١) الجزء الأول ص ٤٢١ .

(٢) استئناف غخط ١١ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٧٤ .

إدارته بطريق الالتزام إلى أن تكون إدارة مباشرة بطريق الريجي . (ثانياً) أنه إذا نجح عن استعمالها أن اختل التوازن المالي للمرفق ، وجب على السلطة الإدارية أن تعيد هذا التوازن عن طريق تعويض الملتزم عما سببته له من خسارة تمويضاً هادلاً ، وقد تقدم بيان ذلك^(١) .

فالسطة الإدارية تملك إذن أن تنفرد بتعديل هاته النصوص التنظيمية ، سواء فيما يتعلق بالأسعار أو فيما يتعلق بتنظيم المرفق وإدارته ، ولاستطيع أن تجرد نفسها من هذه الولاية باتفاق خاص ، أو تحرم نفسها من حق استرداد المرفق قبل انقضاء مدته إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك . وقد أورد القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتراميات المرافق العامة كل هذه الأحكام في نصوصه .

ففيما يتعلق بالأسعار ، نصت المادة ٢ من هذا القانون على أن « يكون لمناح الالتزام الحق في إعادة النظر في قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية مبنية على الأسس التي تحدد في وثيقة الالتزام » . وقد وضع القانون فوق ذلك حداً أقصى لصافي الأرباح التي يجنبها الملتزم من استغلال المرفق العام ، هو عشرة في المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مناح الالتزام^(٢) . وفيما يتعلق بتعديل تنظيم المرفق وطرق إدارته وقواعد استغلاله ، نصت المادة ٥ من القانون على أنه « يجوز لمناح الالتزام دائماً ، متى اقتضت ذلك المنفعة العامة ، أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله ، ويوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به ، وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل »^(٣) . وقد رأينا أن المادة ٦

(١) انظر آتفاً فقرة ١٦٢ (دأبا) .

(٢) انظر المادة ٣ من القانون آتفاً فقرة ١٦٢ (ثالثاً) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون في صدد المادة الخامسة منه : « إن من شأن الأغذ بالقواعد الواردة بالمواد ١ و ٢ و ٣ و ٤ من القانون في جميع عقود الالتزام أن يجنب وقوع أغلب المنازعات التي تنشأ بين الملتزم ومناح الالتزام ، إذ يصبح ما بينهما من العلاقات خاضعاً لشروط روعي فيها نوع التزام المرفق العام وملابسته للمصلحة العامة . على أنه قد يقع أن تكون هذه القواعد قاصرة عن أن تحقق وحدها التوافق بين المرفق العام والأحوال القائمة في وقت معين ، وأن تكون الإدارة في سبيل المصلحة العامة مضطرة ، لأسباب اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية ، لتعديل الشروط الأصلية لعقد الالتزام فيما يتعلق بتنظيم المرفق العام أو بطريق استغلاله أو فيما يتعلق على وجه الخصوص بالأسعار التي تحصل من المستفيدين به . فالمادة الخامسة تؤكد مناح الالتزام في هذه الحالات

من القانون تكفل للملتزم إعادة التوازن المالي للمرفق إذا اختل هذا التوازن^(١). وفيما يتعلق بحق الإدارة في استرداد المرفق قبل انقضاء مدته ، نصت المادة ٤ من القانون على أنه « يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته »^(٢).

المبحث الثاني

العقد بين ملتزم المرفق العام والعميل

١٦٧ - مركز العميل قبل التعاقد مع الملتزم - الحق في المرفق :

قد ينشأ للفرد حق قبل التعاقد مع الملتزم ، يستطيع أن يرفع به دعوى أمام القضاء . ذلك أن لكل فرد أنشئ المرفق العام لمصلحته حقاً في المرفق (le droit au service) فإذا منحت السلطة الإدارية مثلاً التزاماً بإدارة مرفق عام للمواصلات عن طريق خطوط للرام أو للأوتوبيس ، وأخل الملتزم بشروط الالتزام فلم ينشئ مثلاً كل الخطوط التي فرضها عليه ففتر الشروط أو ألغى بعض الخطوط بعد إنشائها ، وأصاب أحد الأفراد ضرر من ذلك بأن لم يجد سبل المواصلات أمامه مهيأة بسبب عدم إنشاء الخط أو بسبب إلغائه ، أو

في أن يعدل من تلقاء نفسه الشروط الخاصة بأركان تنظيم المرفق العام أو يسيره ، وذلك بمقتضى سلطاته الإدارية ، إذ كان لا يجوز أن تعطى المصلحة العامة بفعل الشروط التعاقدية الواردة في وثيقة الالتزام .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٦٢ (دابعاً) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون في صدد المادة الرابعة منه : « إنه وإن يمكن لمائع الالتزام في سبيل المصلحة العامة ولقاء تمويض عادل حق استرداده في أي وقت ، حق ولوم يشارك هذا الحق في وثيقة الالتزام ، فقد روى من الأفضل تجنباً لكل نزاع في شأن تقدير ذلك التمويض تقرير قاعدة ترى إلى أن وثيقة الالتزام يجب أن تحدد شروط أوضاع ذلك الاسترداد » . وانظر في حق الإدارة في استرداد المرفق العام مع دفع التمويض : استئناف مخطوط ٦ يولييه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٥ - وفي حق الإدارة في الاستيلاء على كل ما هو لازم لإدارة المرفق في مقابل تمويض مع استثناء ما هو مملوك خاص للملتزم فهذا لا يجوز الاستيلاء عليه : استئناف مخطوط ٢٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٩٤ - وفي وجوب تقدير التمويض بحسب القيمة الحقيقية للأشياء بصرف النظر عن كونها من الناحية الحسابية تعتبر مستهلكة : استئناف مخطوط ١٧ يولييه سنة ١٩٤٨ م ٦٥ ص ١٦١ .

امتنتعت شركة النور أو الماء أو الغاز من التعاقد معه بغير حق عندما طلب إليها ذلك ، فإن له أن يتجه إلى مانع الالتزام وهو سلطة إدارية يطلب إليه أن يجعل الملتزم يكف عن هذا الإخلال^(١) . فإذا امتنع مانع الالتزام من إجابهته إلى طلبه ، كان له أن يعطى في هذا الامتناع - وهو أمر إدارى سلبى - بالإلغاء أمام القضاء الإدارى . وإذا أصاب الفرد ضرر من هذا الإخلال ، كان تعطلت له مصلحة جديدة من انعدام المواصلات أو من عدم توريد النور أو الماء أو الغاز له ، جاز له أن يرفع دعوى التعويض على الملتزم^(٢) .

١٦٨ - مركز العميل بعد التعاقد مع الملتزم - الانشغال بالمرضى -
رابطه تعاقدية مبررة - نص قانونى : أما بعد أن يتعاقد العميل مع الملتزم ، فإنه يصبح دائماً له بأداء خدمات المرفق العام ، وله أن يطلب مباشرة بأداء هذه الخدمات ، وهذا هو الحق فى الانتفاع بالمرفق (usage du service)^(٣) .
وقد اختلف فى تكييف العقد بين الملتزم والعميل . فأكثر فقهاء القانون الإدارى يذهبون إلى أنه ليس بعقد ، بل هو إرادة منفردة من جانب العميل بموجبها تخضع لمركز منظم (statut) هو المركز الذى ينظمه عقد الالتزام وملحقاته بما يشتمل عليه من شروط تنظيم المرفق وإدارته ، وتنظمه الشروط التى تقتضيا طبيعة المرفق ويقتضيا ما ينظم هذا المرفق من القوانين ، وهذه الإرادة المنفردة هى كما يقول ديجيه تصرف شرطى (acte-condition)^(٤) . ولكن بعض فقهاء القانون الإدارى^(٥) وفقهاء القانون المدنى^(٦) يذهبون إلى أن العقد الذى يبرمه

(١) استئناف مخطوط ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٤٩ .

(٢) انظر فى هذه المسألة قائلين ص ٣٨٨ - ص ٣٨٩ .

(٣) استئناف مخطوط ٢٦ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢ .

(٤) انظر فى هذا المدعى ديجيه فى مركز الأفراد تجاه المرافق العامة مقال فى مجلة القانون العام سنة ١٩٠٧ ص ٤١١ وما بعدها ، ومؤلفه فى القانون الدستورى ١ ص ٢٧٣ وما بعدها - هوريو فى تطبيقه فى سيريه ١٩٠٧ ص ٣ - ٣٣ - جيز فى تطبيقه فى مجلة القانون العام سنة ١٩٠٨ ص ٤٨ وما بعدها وسنة ١٩١٦ ص ٥٢ وما بعدها وص ٢٤٢ وما بعدها ، ومؤلفه فى المبادئ العامة فى القانون الإدارى ٢ ص ١٣ وما بعدها - بونار ص ٧٧ - ص ٧٨ - توفيق شحاته ص ٢٤٢ - ص ٢٥٣ .

(٥) قائلين ص ٣٩٠ - ص ٣٩١ ومقاله فى مركز عميل المرفق العام فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ٢٥٦ .

(٦) انظر بوجه خاص ديموج فى مصادر الالتزام ١ ص ٦٤ وما بعدها و ٢ ص ٨٥٧ وما بعدها وتطبيقه فى سيريه ١٩٠٨ - ٦ - ٨١ .

العميل مع الملتزم هو عقد لإرادة منفردة إذ لا بد فيه من إيجاب وقبول ، وهو عقد مدني يخضع لقواعد القانون المدني في تكوينه وفي آثاره . ولكنه يتميز عن العقد المدني المألوف بأنه يخضع لنظام مقرر (situation réglementaire) وضعه العقد الإداري الذي أبرم بين السلطة الإدارية والملتزم ، أي عقد الالتزام ويسميه ديموج بالعقد التنظيمي (contrat réglementaire). فالعقد المدني بين العميل والملتزم يخضع للعقد التنظيمي الإداري بين الملتزم والسلطة الإدارية ، كما تخضع اللائحة الإدارية للتشريع وكما يخضع التشريع لنصوص القانون الدستوري^(١) . ويترتب على ذلك أن العقد المدني بين العميل والملتزم يخضع لعقد الالتزام التنظيمي ، لا فحسب فيما يتضمنه العقد التنظيمي وقت إبرام العقد المدني ، بل أيضاً في جميع ما يلحق هذا العقد التنظيمي من تعديلات تدخلها السلطة الإدارية عمالها من سلطان في تنظيم المرافق العامة ، وهذا ما قصد إليه المتعاقدان العميل والملتزم عندما أبرما العقد بينهما^(٢) .

وهذا الرأي الأخير هو الذي ذهب إليه التقنين المدني المصري الجديد ، كما يظهر من نصوصه ومن أعماله التحضيرية . فقد نصت المادة ٦٦٩ مدني على أن « ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عميله بأن يؤدي لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذي يقبضه ، وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته وللشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويتنصها ما ينظم هذا العمل من التوانين »^(٣) . فالعقد المبرم بين

(١) استئناف مخطط ٢٦ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢ .

(٢) ثالين ص ٣٩٠ - وتكثيف البعد بين العميل والملتزم بأنه عقد مدني هو ما ذهب إليه القضاء الإداري والمدني في فرنسا (محكمة تنازع الاختصاص أول يولييه سنة ١٩٣٥ في قضية Demangeon - مجلس الدولة الفرنسي ١٥ مارس سنة ١٩٤٦ في قضية مستمرة المارتينيك - نقض فرنسي ٢٥ يونيو سنة ١٩٤١ D. C. (دالوز الانضادي) ١٩٤٣ ل ١٢ - ١١ أبريل سنة ١٩٣٨ دالوز الأسبوعي ١٩٣٨ - ٣٢٢) ، وما ذهب إليه أيضاً القضاء في مصر (استئناف مخطط ٢٦ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩٩ . الإسكندرية المقتطعة ٢٥ يولييه سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٤٨٠ ص ٢٠٢ - ١٦ يونيو سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ رقم ٣٣٣ ص ١٩٦) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩١٠ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ١٩٨ في المشروع .

العمل والملتزم ينشئ حقوقاً شخصية (droits subjectifs) لكل من الطرفين ، كما هو الأمر في سائر العقود المدنية ، فيكون للعمل الحق في أن تؤدي له خدمات المرفق على الوجه المألوف ، ويكون للملتزم الحق في تقاضي أجر هذه الخدمات من العميل . ويخضع هذا العقد ، كما يقول النص ، « للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته ، وللشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ، ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين » ، ويؤكد تكييف العقد المبرم بين العميل والملتزم بأنه عقد مدني في نظر التقنين المدني الجديد ما قبل في هذا الصدد أمام لجنة مجلس الشيوخ ، فقد قال مندوب الحكومة ، ووافقت اللجنة على قوله ، ما يأتي : « ويلاحظ أن التزام المرافق العامة يعالج من ناحيتين ، فهو بالنسبة إلى العلاقة بين مانع الالتزام (الحكومة أو الهيئات البلدية) والملتزم يخضع لأحكام القانون الإداري ، لأن ما يرد من شروط عن طريقة إدارة المرفق ومدته وغير ذلك له صفة اللائحة ، ولذلك فإن هذه الشروط لا علاقة لها بالقانون المدني . أما بالنسبة للعلاقة بين الملتزم والمتنفعين كما هو الحال مثلاً في علاقة شركة المياه بالمستهلكين ، فهذه العلاقة تخضع لأحكام القانون المدني ، ولم تكن منظمة بالتقنين الحالي (القديم) ، فرأى المشروع أن ينظمها ، وخيراً فعل للقضاء على كثير من الخلاف في تكييف هذه العلاقة^(١) . ويظهر بجلاء من النصوص التي اشتمل عليها المشروع التهديدي للتقنين المدني أن العقد المدني المبرم بين العميل والملتزم يخضع للنظام المقرر في عقد الالتزام الإداري المبرم بين الملتزم والسلطة الإدارية . فنصوص المشروع

= انهاء . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٩٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٧٥ - ص ٧٦) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني القديم ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً لقواعد العامة .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٣٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٦٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٩٢ (موافق) .

تقنين الموجهات والعقود المدنية لم ترد فيه نصوص في الالتزامات المرفقية العامة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٧٣ - ص ٧٤ - وانظر آنفاً فقرة ١٦٠ ف.

التهديد صريحة في هذا المعنى ، كما هي صريحة في أن عميل المرفق العا. إنما يخضع بتعاqude مع الملتزم لشروط موحدة يقرها عقد الالتزام وهو من وضع الجهة الإدارية التي تعاقدت مع الملتزم . فقد جرت المادة ٩٠٦/٢ من المشروع التهديد على الوجه الآتي : « ويكون هذا العقد الإداري (عقد الالتزام) هو المهيمن على ما يبرمه المقاول مع عملائه من عقود ، فيوجب على الملتزم أن يؤدي الخدمات التي يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين ومن يستجد منهم ، لقاء ما يدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التي تقرها جهة الإدارة »^(١) . وجرت المادة ٩٠٣ من المشروع التهديد على الوجه الآتي : « في المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة ، تنشأ الحقوق والالتزامات ما بين المقاول وعملائه من إذعان العميل الذي يريد استخدام المرفق العام لشروط موحدة تقرر هذه الحقوق والالتزامات ، وتكون من وضع المقاول نفسه ، أو من وضع الجهة الإدارية التي يتبعها المقاول نفسه ، أو من وضع الجهة الإدارية التي يتبعها المقاول في إدارته للمرفق العام » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، دون أن يذكر سبب الحذف^(٢) ، ويبدو أن الحذف يرجع إلى الرغبة في تجنب إيراد المذاهب الفقهية في التشريع .

ولما كان العقد بين العميل والملتزم يخضع للنظام المقرر في عقد الالتزام ، فإنه يخضع تبعاً لذلك لمبادئ عامة يقوم عليها عقد الالتزام نفسه . وهذه المبادئ فرضها نصوص التقنين المدني وأوجبت العمل بها ، سواء تضمنها عقد الالتزام أو لم يتضمنها ، بل حتى لو نص عقد الالتزام على خلافها ، فهي مبادئ تعتبر من النظام العام ، وتفرض نفسها على كل من عقد الالتزام والعقد بين العميل والملتزم . وهذه المبادئ الأساسية — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد — « تكون ما يمكن أن نسميه بالقانون الطبيعي للمرافق العامة »^(٣).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٢ - وانظر أيضاً فقرة ١٦٥ في الهامش وفقرة ١٦٤ في آخرها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧١ - ص ٧٢ في الهامش .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٩ في الهامش - وانظر استئناف مخطط ٦ يونيو

سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٤٩ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١٣ - ١١ مايو سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٤ رقم ٢٥ ص ٣١ .

وتتعلق هذه المبادئ بالأسعار التي يتقاضاها الملتزم من العملاء ، وبكفالة استمرار المرفق وانتظامه ومسايرته للتطور ، وبكفالة المساواة بين العملاء .
فنبحث هذه المبادئ الثلاثة ، ثم نبحث ما وضعه القانون تحت تصرف عميل المرفق العام من جزاء يستطيع به أن يفرض على الملتزم احترام هذه المبادئ .

§ ١ - أسعار الخدمات التي يؤديها المرفق العام

١٦٩ - نصوص قانونية : تنص المادة ٦٧١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - يكون لتعريفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه ، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها » .

« ٢ - ويجوز لإعادة النظر في هذه القوائم وتعديلها ، فإذا عدلت الأسعار المعمول بها وصدق على التعديل ، سرت الأسعار الجديدة دون أن ترجى من الوقت الذي عنه قرار التصديق لسريانها ، وما يكون جارياً وقت التعديل من اشتراطات في المرفق العام يسرى عليه هذا التعديل من زيادة أو نقص في الأجور ، وذلك فيما بقي من المدة بعد التاريخ المعين لسريان الأسعار الجديدة » .
وتنص المادة ٦٧٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - كل انحراف أو غلط يقع عند تطبيق تعريفه الأسعار على العقود الفردية يكون قابلاً للتصحيح » .

« ٢ - فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل ، كان له الحق في استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة . وإذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرفق العام ، كان له الحق في استكمال ما نقص من الأسعار المقررة . ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك . ويسقط الحق في الحالين بانقضاء سنة من وقت قبض الأجور التي لا تتفق مع الأسعار المقررة »^(١) .

(١) تاريخ النص :

٦٧١ م : ورد هذا النص في المادة ٩٠٨ من المشروع التمهيلي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيلي لم ترد فيه عبارة « التي قررتها السلطة العامة » في صدر الفقرة الأولى . وفي نسخة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية على النص ، وصار -

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني القديم ، ولكن أحكامها كان معمولاً بها فيها عدا سنة التقادم ، لانضافها مع القواعد العامة .

وتقابل النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٦٣٧ - ٦٣٨ - وفي التقنين المدني الليبي م ٦٧٠ - ٦٧١ - وفي التقنين المدني العراقي م ٨٩٥ - ٨٩٦ - ولا مقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (١) .

١٧٠ - مصدر القوة الإلزامية للأسعار هو السلطة الإدارية صانعة الإلزام : كان المشروع إتهدي التقنين المدني يشتمل على نص هو المادة ٩٠٧ من هذا المشروع ، وكان يجري على الوجه الآتي : ١ - مهما يكن نصيب الملتزم في تحديد الأسعار التي يجب أن يؤدّيها عملاء المرفق العام ، أو في اقتراحها ، أو مناقشتها ، فإن ما يجب لهذه الأسعار من احترام يرجع إلى أن السلطة العامة هي التي حدّتها أو صدّقت عليها . ٢ - وتكون لقوائم هذه الأسعار قوة اللائحة الإدارية وآثارها . وقد حذف هذا النص في لجنة مجلس الشيوخ

رقم ٧٠١ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أضيفت عبارة « التي قررتها السلطة العامة » الواردة في صدر الفقرة الأولى ، « وذلك تأكيداً للسلطة التي تستند إليها الأسعار قوتها » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب على الوجه الذي عدلته إليه لجنة تحت رقم ٧٠٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٧١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٨٤ - ص ٨٩) .

م ٦٧٢ : ورد هذا النص في المادة ٩٠٩ من المشروع إتهدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٧٠٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٠١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٨٦ - ص ٨٨) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٣٧ - ٦٣٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٧٠ - ٦٧١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٩٥ - ٨٩٦ (موافق ، فيما عدا أن مدة التقادم في التقنين العراقي

سنة أشهر بدلاً من سنة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لم ترد فيه نصوص في التزام المرافق العامة .

« اكتفاء بالقواعد العامة »^(١) . والنص تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن إعمال حكمه بالرغم من حذفه^(٢) .

ويخلص من ذلك أن مصدر القوة الإلزامية للأسعار التي يتقاضاها الملتزم من عملاء المرفق ليس هو العقد بين الملتزم والعميل ، بل ليس هو العقد ما بين الملتزم والسلطة الإدارية أى عقد الالتزام ، وإنما هو السلطة الإدارية وحدها . ويستوى في ذلك أن تكون السلطة الإدارية وضعت هذه الأسعار مبتدئة ، أو اقترحها الملتزم فصادقت عليها ، أو ناقشتها مع الملتزم ثم انتهت إلى إقرارها ، ففي جميع هذه الأحوال تعتبر السلطة الإدارية هي مصدر القوة الإلزامية لهذه الأسعار . ومن ثم تعتبر قوائم الأسعار من عمل السلطة الإدارية ، وتكون لها قوة اللائحة الإدارية وآثارها . ولا تقتصر هذه الآثار على العلاقة فيما بينها وبين الملتزم ، بل تجاوز ذلك إلى العلاقة فيما بين الملتزم وكل عميل ينتفع فعلاً بالمرفق أو يستجد بعد ذلك^(٣) .

ويترتب على هذا أن الأسعار لا تكون لها قوة ملزمة ، ولا بتقيد العميل بها ، إذ لم تقررها السلطة الإدارية أو تصادق عليها . فلو أن السلطة الإدارية قررت سعراً معيناً للخدمات التي يؤديها المرفق في حدود مقررة بعقد الالتزام ، فلا يجوز للملتزم أن يدخل تعديلاً على هذا السعر^(٤) ، ولو لم يتعد بهذا التعديل الحدود المقررة بعقد الالتزام ، ما لم يحصل على تصديق السلطة الإدارية على

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية هـ ص ٧٧ في المامش وص ٨٠ في المامش .

(٢) وتنص المادة ٨٩٤ مدني عراق على أن « تعريفات الأسعار التي يجب أن يؤدوها عملاء المرفق العام تشتهد قوتها ونفاذها من وضع السلطة العامة لها أو تصديقها عليها » .

(٣) ويكون لهذه الأسعار صفة الرسوم (استئناف مخطوط ٢٦ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٢٢) .

(٤) ولو كان هذا التعديل في الأسعار في صورة حد أدنى لاستهلاك المشترك في المياه فإن نزل الاستهلاك عن هذا الحد وجب على المشترك دفع الحد الأدنى ، وذلك لأن وضع حد أدنى للاستهلاك ينطوي على معنى زيادة السعر فيما إذا كان المشترك لم يستهلك الحد الأدنى المفروض (استئناف مخطوط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٧) . ويعد تعديلاً في الأسعار لا يجوز إلا بموافقة الجهة الإدارية أن تحمل شركة المياه الأجر بحسب العداد بعد أن كان أجراً ثابتاً جزائياً (استئناف مخطوط ٢١ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٠١) ، أو أن تطالب بتأمين من المشتركين بأجر جزائي (استئناف مخطوط ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٨١) .

هذا التعديل ، وقبل هذا التصديق لا يكون التعديل ملزماً لعملاء المرفق ؛ وهذا هو المبدأ الذي سارت عليه محكمة الإسكندرية المختلطة ^(١) ، وإن كانت محكمة الاستئناف المختلطة لم يقرها عليه ^(٢) . وقد أكدت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صدد نص المادة ٩٠٧ من المشروع ، هذا المبدأ فى إسهاب ، بعد أن استظهرت اختلاف ما بين محكمة الإسكندرية المختلطة ومحكمة الاستئناف المختلطة وأخذت بقضاء المحكمة الأولى ، فقالت : « يقرر هذا النص (م ٩٠٧ من المشروع) ما جرى عليه القضاء والفقه فى فرنسا من أن مصدر الالتزام فى قائمة الأسعار إنما يرجع إلى أن السلطة العامة هى التى حددتها أو صادقت عليها . وعلى هذا النحو يقطع المشروع برأى فى مسألة أثرت أمام القضاء المصرى بمناسبة نزاع بين شركة مياه الإسكندرية وأحد عملائها : هل يجوز للملزم المرفق العام ، دون أن يتعدى الحدود المقررة بعقد الالتزام ، أن يدخل على الأسعار تعديلاً يلزم به الجمهور بغير حاجة لتصديق السلطة العامة ؟ وقد اختلفت وجهات النظر فى هذه المسألة بين محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة ومحكمة الاستئناف المختلطة ، فقررت محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة بتاريخ ١٦ يونيه سنة ١٩٢٣ (جازيت ١٣ رقم ٣٣٣ ص ١٩٦) أنه لا يجوز للشركة أن تعدل فى قائمة الأسعار دون تدخل البلدية ، إذ لابد من أن ترأب السلطة العامة التعديل الحاصل وتبين مدى تمثيه مع الحدود المقررة بعقد الالتزام قبل أن تصدق عليه ، لأنه من جهة لا يجوز أن يترك للشركة وحدها تقرير ذلك ، كما أنه من جهة أخرى ليس لدى الجمهور من المستندات والوسائل ما يمكنه من التحقق من مشروعية هذا التعديل . على أنه يجوز مع ذلك أن تلجأ الشركة صاحبة الامتياز إلى القضاء ، إذا ما رفضت السلطات العامة أن تصدق على تعديل مشروع . أما محكمة الاستئناف المختلطة فقد قررت بحكمها الصادر فى أول أبريل سنة ١٩٢٤ (جازيت ١٤ ص ٢١٧ رقم ٣٣٩) أنه لا يلزم تصديق جهة الإدارة على تعديل تجريه الشركة داخل الحدود المقررة بعقد الالتزام ، إذ ليس من حقها رفض مثل هذا التعديل . إنما على أى حال تلزم الشركة بأن تقدم للسلطة العامة كل البيانات اللازمة فيما يتعلق بسير المرفق العام

(١) الإسكندرية المختلطة ١٦ يونيه سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ رقم ٣٣٣ ص ١٩٦ .

(٢) استئناف مخطط أول أبريل سنة ١٩٢٤ جازيت ١٤ رقم ٣٣٩ ص ٢١٧ .

وعلاقتها مع العملاء ، حتى تستطيع أن تستعمل جدياً حقها في الرقابة وحماية المصلحة العامة . والمشروع يقر ضمناً رأى محكمة الإسكندرية المختلطة ولا يأخذ برأى محكمة الاستئناف المختلطة ، لأنه من المقرر الآن أن العقود التي تعقدها السلطات العامة لتنظيم المرافق العامة تختلف حتماً من بعض النواحي عن العقود التي يعقدها الأفراد فيما بينهم ، وأن هناك مبادئ أساسية تكون ما يمكن أن نسميه بالقانون الطبيعي للمرافق العامة (ومحكمة الاستئناف المختلطة نفسها كثيراً ما رددت هذا المبدأ في أحكامها : ٦ يونيو سنة ١٩٢٩ ب ٤١ ص ٤٤٩ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٧ ب ٤٥ ص ١١٣ - ١١ مايو سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٤ ص ٣١ ن ٢٥) . ومن بين هذه المبادئ الأساسية مبدأ أن الاحترام الواجب للأسعار التي يؤديها عملاء المرفق العام ، مهما كان تدخل الملتزم في تحديد أومناقشتها ، إنما يرجع إلى إقرار السلطة العامة لها . وهو مبدأ مقرر في فرنسا (جيزه Jèze : النظرية العامة للعقود الإدارية الطبعة الثالثة الجزء الثاني ص ٥٥٦ - جوسران Josseland : عقد النقل ن ١٢٣ وما بعدها و ٢٣٥ وما بعدها) ، وقد طبقه مجلس الدولة مراراً (٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ شركة ترام بورдо : مجموعة أحكام مجلس الدولة ص ٩٩٧) وكذلك محكمة النقض الفرنسية (٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٦ سيريه ١٨٩٧ - ١ - ١٩٠) ، كما أنه مقرر أيضاً منذ الربع الأخير من القرن الماضي في كل من القانونين الإنجليزى والأمريكى (انظر جوسران : عقد النقل ن ١١٧ - ١٢١) (١) .

١٧١ - الأسعار التي قررتها السلطة الإدارية لها قوة القانون ولا يجوز الاعتراض على ما مخالفها : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٦٧١ مدنى تنص على أن « يكون لتعريفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه ، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما مخالفها » . وهذا المبدأ مستفاد مما قدمناه من أنه إذا قررت السلطة العامة الأسعار أو صدقت عليها « تكون لقوائم هذه الأسعار قوة اللائحة الإدارية وآثارها » (٢) . ففى استوفت الأسعار الشرط الأساسى ، وهو إقرار السلطة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٨ - ص ٧٩ فى الماش .

(٢) انظر أيضاً فقرة ١٦٩ فى أولها .

الإدارية لها ، كانت لها قوة القانون في جميع العقود التي يبرمها الملزم مع عملاء المرفق ، الحاليين منهم واللاحقين . ولا يجوز للمتعاقدين - الملزم والعميل - أن يتفقا على سعر يخالف السعر الذي أقرته السلطة الإدارية ، لا بالزيادة ولا بالنقص . ولا يستثنى من ذلك إلا حالة واحدة ، وهي التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة ٦٧٠ مدنى حيث تقول : « ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوى على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها ، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت له شروط يعينها الملزم بوجه عام . ولكن المساواة تحرم على الملزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين » . فهنا نجد أنه يجوز الاتفاق على تخفيض السعر الذى قرره السلطة العامة ، بل يجوز الاتفاق على الإعفاء منه ، بشرط أن يكون ذلك لا لشخص معين بالذات ، بل لطائفة من الأشخاص توافرت فيهم شروط معينة . وسياق تفصيل ذلك ^(١) .

ويترتب على أنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الأسعار التى قررتها السلطة العامة ، أنه إذا انحرف المتعاقدان عن هذه الأسعار فاتفقا على ما يخالفها زيادة أو نقصاً ، كان الاتفاق باطلاً ووجب التقيد بالأسعار المقررة . ومن باب أولى إذا وقع غلط في تطبيق الأسعار المقررة ، فزاد السعر أو نقص نتيجة لهذا الغلط عما هو مقرر ، لم يعتد بذلك ووجب تصحيح الغلط والرجوع إلى السعر المقرر . وقد رأينا الفقرة الأولى من المادة ٦٧٢ مدنى تقول في هذا المعنى : « كل انحراف أو غلط يقع عند تطبيق تعريفة الأسعار على العقود الفردية يكون قابلاً للتصحيح » .

فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل ، بأن دفع هذا سعراً أزيد من السعر المقرر ، كان له أن يسترد الزيادة ، حتى لو كان هناك اتفاق على خلاف ذلك ^(٢) . أما إذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة الملزم ، بأن دفع العميل سعراً أقل من السعر المقرر ، كان للملزم أن يستكمل من العميل ما نقص عن السعر المقرر ، ولو كان هناك اتفاق على خلاف ذلك . ويتقدم حق العميل في استرداد الزيادة ، وكذلك حق الملزم في استكمال النقص ،

(١) انظر ما يلى فقرة ١٧٦ .

(٢) استئناف مخطوط ٢٦ يرفقه سنة ١٩٤١ م ٥٢ ص ٢٣٢ .

بعضى سنة من وقت قبض الملتزم للأجرة التى وقع فيها انحراف أو غلط .
وهذه الأحكام تقررها فى وضوح الفقرة الثانية من المادة ٦٧٢ مدنى إذ تقول
كما رأينا : « فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل ، كان له الحق
فى استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة . وإذا وقع ضد مصلحة الملتزم
بالمرفق العام ، كان له الحق فى استكمال ما نقص من الأسعار المقررة . ويكون
باطلا كل اتفاق يخالف ذلك . ويسقط الحق فى الحالى بانقضاء سنة من وقت
قبض الأجور التى لا تتفق مع الأسعار المقررة » .

١٧٢ — جواز إعادة السلطة الإدارية النظر فى الأسعار المقررة :
قدما أن السلطة الإدارية لا تملك فحسب تقرير أسعار المرفق العام ، بل تملك
أيضاً إعادة النظر فى هذه الأسعار وتعديلها . بالزيادة أو بالنقص إذا وجد من
الأسباب ما يستدعى ذلك . وقد نصت المادة ٢ من القانون رقم ١٢٩ ١٩٤٧
الخاص بالترامى المرافق العامة صراحة على ذلك إذ تقول : « يكون لمراجع
الالتزام الحق فى إعادة النظر فى قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية ، مبنية
على الأسس التى تحدد فى وثيقة الالتزام » (١) .

فإذا جدت ظروف تجعل الأسعار التى سبق أن قررتها السلطة الإدارية
لا تكفى لمواجهة نفقات المرفق العام وما يكون للملتزم من حق مشروع فى
جنى ربح معقول يتوقعه من استغلاله لرأس ماله فى إدارة المرفق ، وأخص
هذه الظروف وأبرزها هى الظروف الطارئة التى تجعل إدارة المرفق بالأسعار

(١) انظر آنفاً فقرة ١٦٥ — وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون فى هذا الصدد : « إذا
كان الالتزام عقد لمدة طويلة ، فإنه يتصور منذ بدء الالتزام تحديد قوائم الأسعار على وجه ثابت
لا يتغير ، وهذه القوائم هى التى تحدد جزاء الملتزم ، وهو عبارة عن إتاوات بأذن مانع الالتزام
الملتزم بتحصيلها من الأفراد الذين ينتفعون بالمرفق العام . ومن الجائز بعد مضي وقت معين أن
تصبح تلك الأسعار غير ملائمة للظروف الاقتصادية الراهنة ، إما لأنها لا تكون كافية لجراء
الملتزم ، وإما لأنها تنقلب عبئاً ثقيلاً يهبط المتنافسين بالمرفق العام . وحرصاً على تلاقى هذا التناظر
وعلى الإقلال بقدر الإمكان مما يثيره هذا الموضوع غالباً من منازعات ، رأى فى المادة الثانية
تقرير مبدأ إعادة النظر الفورية فى الأسعار كقاعدة عامة ، وترك تحديد ضوابط تطبيقها التى
تختلف بحسب طبائع الالتزامات إلى وثائق تلك الالتزامات . وبذلك يمكن تحقيق تناسب فيه آلى
بين الأسعار والأحوال الاقتصادية العامة القائمة فى وقت معين ، ويكون ذلك تناسب تارة
فى مصلحة الملتزم حين تقضى إعادة النظر إلى زيادة الأسعار ، وتارة فى مصلحة المتنافسين إذا أدت
تلك الإعادة إلى خفضها بسبب نقص تكاليف العمل عند القيام بها » .

الأصلية مرفقة للملتزم ، جاز للسلطة الإدارية أن تعيد النظر في هذه الأسعار وتزيد بها زيادة عادلة . وإذا جدت ظروف ، على العكس من ذلك ، تجعل الأسعار الأصلية من شأنها أن تحقق للملتزم أرباحاً تفوق الأرباح المعقولة التي كان يتوقعها ، جاز للسلطة الإدارية أن تعيد النظر في الأسعار وتنقصها إلى الحد المعقول بحيث يستبقى الملتزم ربحاً عادلاً لرأس المال الذي يستغله في المرفق .

وسواء كان تعديل الأسعار بالزيادة أو بالنقص ، فإن هذا التعديل لا يسرى إلا من وقت إقرار السلطة الإدارية له ، لأن هذه السلطة هي كما قلنا مصدر القوة الملزمة للأسعار . ومن وقت هذا الإقرار تسرى الزيادة أو النقص في الأسعار على كل عميل يبرم عقداً جديداً مع الملتزم ، بل وتسرى بأثر فوري على كل عميل أبرم عقداً مع الملتزم قبل ذلك مادام هذا العقد لا يزال سارياً^(١) . فإذا كان عقد العميل مدته سنتان مثلاً ، وبعد السنة الأولى أقرت السلطة الإدارية تعديلاً في الأسعار بالزيادة أو بالنقص ، سرى هذا التعديل على العميل في السنة الثانية الباقية من العقد ، وسرى التعديل أيضاً في كل عقد جديد يبرمه بعد ذلك . أما السنة الأولى التي انقضت ، فلا يسرى عليها التعديل بأثر رجعي ، ويبلغ العميل للملتزم الأسعار الأصلية طوال هذه السنة السابقة على التعديل ، وإذا دفعها لم يسترد من الملتزم الزيادة ولم يستكمل الملتزم منه النقص . وهذه الأحكام نصت عليها صراحة الفقرة الثانية من المادة ٦٧١ مدني ، إذ تقول كما رأينا : « ويجوز إعادة النظر في هذه القوائم (قوائم الأسعار) وتعديلها . فإذا عدلت الأسعار المعمول بها وصدق على التعديل ، سرت الأسعار الجديدة دون أثر رجعي من الوقت الذي عينه قرار التصديق لسرياتها ، وما يكون جارياً وقت التعديل من اشتراطات في المرفق العام يسرى عليه هذا التعديل من زيادة أو نقص في الأجور وذلك فيما بقى من المدة بعد التاريخ المعين لسريان الأسعار الجديدة » .

§ ٢ - استمرار المرفق العام وانتظامه ومسايرته للتطور

١٧٣ - واجب الملتزم الجوهري : قلنا أن الالتزام الجوهري الذي

يقع على عاتق الملتزم هو إدارة المرفق . ويتضمن ذلك أن يكفل للمرفق الاستمرار (conuité) والانتظام (régularité) والقابلية لمسايرة التطور (adaptabilité à l'évolution) ^(١).

فلا يجوز أن تنقطع خدمات المرفق . فإذا كان مرفق مواصلات مثلاً عن طريق السكة الحديدية أو الترام أو الأوتوبيس ، وجب على الملتزم أن يدوم على تسيير المرفق فلا تنقطع هذه المواصلات ويحرم منها المتضمنون بها . ولا يكتفى تسيير المرفق باستمرار ، بل يجب تسييره أيضاً بانتظام ، بحيث تقوم المركبات في مواجدها المحددة وينتظم سيرها ، فلا يفاجأ عميل المرفق بأن خطأ من خطوط المواصلات قد عطل أو أن مركبة لم تقيم في ميعادها ، ويجب أخيراً أن يكون المرفق قابلاً للتغيير بحيث يساير التطور . فإذا رأت الإدارة أن الضغط قد اشتد على المواصلات موضوع الالتزام ، جاز لها أن تعدل من نظام المرفق ، فزيد عدد المركبات وتغير المواعيد وتعدل الأسعار ، بحيث تتماشى خدمات المرفق مع ما تقتضيه مصالح الجمهور المتطورة .

وإذا كان المرفق متعلقاً بتوزيع المياه أو الغاز أو الكهرباء ، وجب على الملتزم أن يكفل للعملاء استمرار توريد هذه المرافق فلا تتعطل ، وانتظامها فلا تخل ^(٢) . ويجب أيضاً أن يكفل مسايرتها للتطور ، فإذا أعطيت شركة التزام إنارة إحدى المدن ، وكان الشائع وقت إعطائها الالتزام أن تكون الإنارة بالغاز ، ثم اقتضى التطور أن تكون الإنارة بالكهرباء ، جاز للإدارة أن تعدل من نظام المرفق وتفرض على الشركة أن تكون الإنارة بالكهرباء ، مع تعديل الأسعار بما يتفق مع تكاليف الإنارة الجديدة .

وقد كان المشروع التمهيدي للثنتين اللغتين يشتمل على نص يوجب على الملتزم أن يكفل الاستمرار في أداء الخدمات التي يتكون منها المرفق ، بما يتضمنه معنى الاستمرار من معنى الانتظام ومعنى التطور . فكانت المادة ٩١٢

(١) انظر أيضاً ققرة ١٥٩ وققرة ١٦٣ .

(٢) ولا يجوز لشركة المياه أو الغاز أو التور أن تنقطع عن المشترك التوريد من تلقاء نفسها ، بل يجب أن تلجأ إلى القضاء في ذلك (استئناف غطط ٢٤ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٧ - يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩٩) . ولا يجوز لها أن تمتنع عن ^١ خدمة المرفق لأي شخص قام بالشروط اللازمة للاضطلاع بهذه الخدمة ودفع الرسوم الواجبة (استئناف غطط ٢٦ يونيو سنة ١٩٤٦ م ٥٣ ص ٢٢٢) .

من المشروع تنص على ما يأتي : « على الملتزم بمرفق متعلق بتوزيع المياه والغاز أو الكهرباء أو القوى المحركة وما شابه ذلك أن يكفل الاستمرار في أداء الخدمات التي يتكون منها المرفق ويكون مرتبطاً بذلك ، ليس لإزاء الجهة التي منحت الالتزام وحدها ، بل لإزاء كل شخص أبرم معه عقداً فردياً » . وقد حذف هذا النص في لجنة مجلس الشيوخ « اكتفاء بالقواعد العامة وقواعد القانون الإداري » (١) . ولما كان النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة والمبادئ القانون الإدارية ، فإنه يعمل بأحكامه كما رأينا بالرغم من حذفه (٢) .

١٧٤ — مسؤولية الملتزم عن استمرار المرفق وانتظامه — نص قانوني :
تبصر للمادة ٦٧٣ من القانون المدني على ما يأتي :

١ — على عملاء المرافق المتعلقة بتوزيع المياه والغاز والكهرباء والقوى المحركة وما شابه ذلك أن يتحملوا ما يلزم أدوات المرافق عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة ، كهذا الذي تقتضيه صيانة الأدوات التي يدار بها المرفق .

٢ — والملتزم هذه المرافق أن يدفعوا مسئوليتهم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد على المألوف في مدته أو في جسامته ، إذا أثبتوا أن ذلك يرجع إلى قوة قاهرة خارجة عن إدارة المرفق أو إلى حادث مفاجئ وقع في هذه الإدارة دون أن يكون في وسع أية إدارة بقطة غير مقترية أن تتوقع حصوله أو أن تدرك نتائجه . ويعتبر الإضراب حادثاً مفاجئاً إذا استطاع الملتزم إقامة الدليل على أن وقوع الإضراب كان دون خطأ منه ، وأنه لم يكن في وسعه أن يستبدل بالعمل المضربين غيرهم أو أن يتلافى نتيجة إضرابهم بأية وسيلة أخرى (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٨٩ — ص ٩٠ في المباحث .

(٢) وتنص المادة ٨٩٧ من قانون عراق على أن « ملتزم المرفق المتعلق بتوزيع الماء أو الغاز أو الكهرباء أو القوى المحركة وما شابه ذلك ملزم بالاستمرار في أداء الخدمات التي عهد بها إليه تجاه المحكمة وتجاه كل شخص أبرم معه عقداً فردياً » .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩١٤ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في القانون المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي كان يتضمن فقرة أخيرة تجري على الوجه الآتي : « ويكون باطلاً كل شرط يبيح أو يحذف من المسؤولية المتكفلة عنها في المادة ٩١٢ » . وفي لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة وأدخلت بعض تعديلات لفظية ، وصار

ويقين من هذا النص أن الملزم مسئول عن استمرار المرفق العام وانتظامه، لا بموجب العقد بينه وبين العميل فحسب، ولا بموجب عقد الالتزام فحسب، بل أيضاً بموجب نص القانون والمبادئ العامة المقررة في القانون الإداري. وتعتبر هذه المسؤولية من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على تخفيفها أو على الإعفاء منها. وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٦٧٣ مدني سالف الذكر يشتمل على فقرة في هذا المعنى تجرى على الوجه الآتي: « ويكون باطلا كل شرط يعنى أو يحدد من المسؤولية المنصوص عليها في المادة ٩١٢ ». والمادة ٩١٢ من المشروع التمهيدى التي يشير إليها النص هي التي كانت توجب على الملزم الاستمرار في أداء الخدمات التي يتكون منها المرفق، وقد حذفت في لجنة مجلس الشيوخ « اكتشاف بالقواعد العامة وقواعد القانون الإداري »^(١). ويلاحظ أن الفقرة التي كان المشروع التمهيدى للمادة ٦٧٣ مدني يشتمل عليها، وهي الفقرة التي تقدم ذكرها، قد حذفت في لجنة المراجعة دون أن يذكر سبب الحذف^(٢). ولا يرجع ذلك إلى حذف المادة ٩١٢ من المشروع التمهيدى،

« رلم النص ٧٠٥ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٠٤. وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت في الفقرة الثانية عبارة « حادثاً مفاجئاً » بعبارة « قوة قاهرة » الواردة في عبارة « ويصعب الإضراب قوة قاهرة » وذلك « لأن الإضراب ليس قوة قاهرة بل هو حادث مفاجئ »، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وصار رقمه ٦٧٣. ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدله لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٨٨ - ١٠٢). ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للمبادئ العامة في المسؤولية عن المقاولات المتصلة بالمرافق العامة (المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٩٢).

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م ٦٣٩ (مطابق).

التقنين المدني الليبي م ٦٧٢ (مطابق)، فيما عدا أن نص التقنين الليبي يسقط العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية وهي « وأنه لم يكن في وسع أن يستبدل بالعامل المضرب غيرهم أو أن يتلافى نتيجة إضرابهم بأية وسيلة أخرى ».

التقنين المدني العراقي م ٨٩٩ (موافق).

تقنين الموجبات والنفود البناني: لم ترد فيه نصوص في التزام المرافق العامة.

(١) انظر آنفاً فقرة ١٧٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٩١ وص ٩٧ - وانظر آنفاً نفس الفقرة في

الماش.

فإن هذه المادة لم تحلف إلا في لجنة مجلس الشيوخ . والظاهر أن النص قد سقط سهواً ، على أن سقوطه لا يغير من حكمه ، فإنه تقرير القواعد العامة التي تقضى بأنه لا يجوز الاتفاق على مخالفة ما هو متعلق بالنظام العام^(١) .

فإذا وقع عطل أو خلل في تأدية المرفق لخدماته ، فإن كان هذا العطل أو الخلل مألوفاً ولمدة قصيرة ، كما لو نشأ عن الصيانة المألوفة للأدوات التي يدار بها المرفق ، لم يعتبر هذا إخلالاً من الملتزم بواجباته ولا محل لمسئولته عن ذلك . وفي هذا المعنى تقول الفقرة الأولى من المادة ٦٧٣ مدني سائلة الذكر كما رأينا : « على عملاء المرافق المتعلقة بتوزيع المياه والغاز والكهرباء والقوى المحركة وما شابه ذلك أن يتحملوا ما يلزم أدوات المرفق عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة ، كهذا الذي تقتضيه صيانة الأدوات التي يدار بها المرفق » . أما إذا كان العطل أو الخلل يزيد على المألوف في مدته أو في جسامته ، فإن هذا يعد إخلالاً من الملتزم بواجباته ، ويكون مسئولاً عنه لانجاء السلطة الإدارية فحسب ، بل أيضاً تجاه عملاء المرفق . ولا يستطيع أن يدفع المسئولية عنه بإثباته أنه بذل عناية الشخص المعتاد في إدارة المرفق ولم يرتكب خطأ أو تقصيراً ، فإن العطل أو الخلل الذي يزيد على المألوف هو ذاته الخطأ^(٢) . وإنما يستطيع دفع المسئولية بإثباته القوة القاهرة . والقوة القاهرة هنا إما أن تكون خارجة عن إدارة المرفق كأن تغرب غارة جوية في أثناء الحرب أجهزته المرفق ، وإما أن تكون داخلة في إدارة المرفق كأن تتعطل الآلات أو تنفجر

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع المنهني في خصوص الفقرة المطروحة : « أما الفقرة الرابعة فالحكمة في وضعها ظاهرة ، وهي تبين من قراءة أسباب حكم محكمة الإكستيرية الابتدائية المخطئة في ١٦ يونيو سنة ١٩٢٣ (جازيت ١٣ ص ١٩٦ ن ٢٣٢) في النزاع الذي كان قائماً بين بلدية الإكستيرية وشركة مياه الإكستيرية : فقد جاء في أسباب هذا الحكم أن الجمهور لا يستطيع مناقشة الشروط المبسقة الواردة في العقود المطبوعة التي تفرعها شركات الاحتكار ، وليس له خيار في القبول أو الرفض ، إذ الأمر يتعلق بمرفق حيوي تحتكره الشركة (مجموعة الأعمال التمهيرية ٥ ص ٩٣ - ٩٤) » .

(٢) ومن باب أول يكون الملتزم مسئولاً إذا ارتكب خطأ (قرب نقص مدني ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ الحامدة ٣٧ رقم ٣٢٢ ص ٦٧٣) . وانظر أيضاً : استئناف غطط ٢٥ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ - ١٠٨ - ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٩٨ - ٧ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١١٨ - ٦ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٣٢ - ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٦ - ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤١ -

وتسمى القوة القاهرة في هذه الحالة بالحادث المفاجئ كما أطلق عليها النص (م ٢/٦٧٣ مدني) . وسواء كان الحادث قوة القاهرة أو حادثاً مفاجئاً ، فإنه يجب في الحالتين ، وطبقاً للقواعد العامة ، أن يكون حادثاً غير متوقع الحصول ولا يمكن الدفع ، أو كما يقول النص « دون أن يكون في وسع أية إدارة بقطعة غير مقترنة أن تتوقع حصوله أو أن تدرك نتائجه » . وتطبيقاً لذلك يعتبر إضراب عمال المرفق حادثاً مفاجئاً - لاقوة القاهرة لأن الحادث داخل في إدارة المرفق^(١) - بشرط أن يثبت للملزم « أن وقوع الإضراب كان دون خطأ منه ، وأنه لم يكن في وسعه أن يستبدل بالعمال المضربين غيرهم أو أن يتلافى نتيجة إضرابهم بأية وسيلة أخرى » (م ٢/٦٧٣ مدني)^(٢) . فيجب إذن ألا يكون هناك خطأ في جانب الملزم تسبب عنه الإضراب ، فإذا ثبت أنه لم يف بالتزاماته نحو العمال أو تصف في فصل بعضهم ونجم الإضراب عن ذلك ، لم يكن هذا حادثاً مفاجئاً يدفع مسئولية الملزم . ويجب كذلك أن يثبت للملزم أن الإضراب كان لا يستطيع أن يدرك نتائجه ، فإذا تبين أنه كان يستطيع أن يستبدل بالعمال المضربين عمالاً آخرين يستمرون في إدارة المرفق ، أو كان يستطيع إدارة المرفق بالآلات في متناوله تغنيه عن العمال المضربين ، أو كان يستطيع تقصير مدة الإضراب بما يصططنه من بقعة وحزم في معالجة الموقف ، أو كان يستطيع تلافي نتيجة الإضراب بأية وسيلة أخرى ، كان مسئولاً بمقدار ما كان يستطيع تلافيه من ضرر ولم يفعل^(٣) .

(١) انظر آتفاً نفس الفقرة في الحاشي .

(٢) الإسكندرية الجزئية المخططة ١٠ يناير سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ رقم ٧٠ ص ٤٨ .

(٣) وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأنه يطلق في القانون كلمة « حادث جبري أو قوة القاهرة » على كل حادث مستقل عن إرادة المدين ولم يكن في وسعه توقعه أو مقاومته . فالحادث يجب أن يكون غير ممكن توقعه وما لا يمكن مقاومته وليس في وسع المدين دفع وقوعه أو تلافيه ، ويدخل في هذا أيضاً حتم التطلب على نتائجه عند وقوعه . وفي الحالة الأولى لا يستطيع المدين منع حصول الحادث ، وفي الحالة الثانية لا يستطيع التخلص من نتائجه . وقد نص التقنين المدني في المادة ٦٧٣ على أن الملزم المرافق أن يدفع مسئوليتهم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد على المألوف في مئة أو في جسامته إذا أثبتوا أن ذلك يرجع إلى قوة القاهرة خارجة عن إدارة المرفق أو إلى حادث مفاجئ وقع في فترة الإدارة دون أن يكون في وسع أية إدارة بقطعة غير مقترنة أن تتوقع حصوله أو أن تدرك نتائجه . ويعتبر المدين مسئولاً إن كان من الممكن توقع ما اعترضه من صاحب واحتفظ بالتدابير اللازمة للافتاء ، وكذلك إن لم يعمل كل ما كان يجب عليه للتغلب على الصعاب -

٣٨ - المساواة بين العملاء

١٧٥ - نص قانوني : تنص المادة ٦٧٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - إذا كان منزوم المرقق محتكراً له احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء في الخدمات العامة أو في تقاضي الأجور .

٢ - ولا يحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوي على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها ، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك . ممن توافرت فيه شروط يعينها الملزم بوجه عام . ولكن المساواة تحرم على الملزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين .

٣ - وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقتضيه به الفقرة السابقة يوجب على الملزم أن يعرض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة (١) .

ولما قابل لهذا النص في التقنين المدني القديم . ولم يسبق القضاء في عهد هذا التقنين أن قرر مبدأ المساواة بين العملاء بصفة قاطعة ، كما يظهر ذلك من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فيها سيحى (٢) . ولكن مبدأ المساواة بين العملاء مقرر في القواعد العامة للقانون الإدارى .

== التي اعترضته (مصر الوطنية ٤ يناير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ رقم ٢٠٠ ص ٣٠١) - وانظر محمد كامل مرسى فقرة ٦٩٢ ص ٦٠٠ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩١١ من المشروع التمهيدى على وجه يخلق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية . وأصبح رقم النص ٦٩٩ في المشروع النّهائى . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدلت الفقرة الثالثة بإضافة كلمتي « غير مشروع » فأصبحت العبارة كما يأتي : « وكل تمييز غير مشروع لمصلحة أحد العملاء .. » لأن هناك حالة يكون التمييز فيها مشروعاً فلا يوجب التمييز . ووافق مجلس النواب على النص كما عدلت بلجته تحت رقم ٦٩٨ . وفي لجنة الشيوخ حلفت عبارة « غير مشروع لمصلحة أحد العملاء » الواردة في صدر للفقرة الثالثة ، واستعفى منها بعبارة « يمنح على خلاف ما تقتضيه به الفقرة السابقة » . لكن يكون واضحاً أن التمييز المقصود هو الذى يقع مخالفاً لأحكام الفقرة السابقة ، وأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وسار رقمه ٦٧٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٧٦ - ص ٨٣) .

(٢) انظر ما على فقرة ١٧٦ في الماشر .

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٦٣٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٦٦٩ . وفي التقنين المدني العراقي م ٨٩٣ - ولا مقابل للنص في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (١) .

١٧٦ - **مقرر مبدأ المساواة** : يتطلب أن يكون ملتزم المرفق العام محكراً للمرفق ، إما احتكار قانونياً (monopole) بأن يكون هو وحده الذي يدير المرفق ويستغله بموجب عقد الالتزام ، وإما احتكاراً فعلياً (privilège) بأن تتمتع السلطة الإدارية ألا تمنح لغيره من المنافسين له التسييلات التي تمنحها إياه كالترخيصات اللازمة والإعانات وما إلى ذلك (٢) . فإذا كان الملتزم محكراً للمرفق احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، فإن الأفراد لا يستطيعون أن يتعاقدوا مع غيره للحصول على خدمات المرفق . وينجم عن ذلك موقف يجب أن يحسم فيه المتنافسون بالمرفق من تحكم الملتزم وإثارة بعضهم على بعض ، إما عن طريق أداء خدمات المرفق وإما عن طريق تخفيض الأجور المقررة . ومن ثم كان من المبادئ الأساسية المقررة في القانون الإداري أن الملتزم يجب عليه « أن يحقق المساواة التامة بين عملائه ، سواء في الخدمات العامة أو في تقاضي الأجور » (م ٦٧٠ / مدني) .

وأى تمييز فردي يؤثر به الملتزم أحد العملاء ، كأن يؤدي له قدراً أكبر من الخدمات مما يؤديه لسائر المتنافسين ، أو أن يتقاضى منه أجراً أقل من السعر المقرر في حين أنه يتقاضى السعر المقرر من سائر المتنافسين ، يكون تمييزاً غير مشروع . ولما كان هذا التمييز من شأنه أن يخل بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة ، إذ هو يمنع شخصاً مزية في استهلاك المرفق العام لا تتاح لغيره من المنافسين له في تجارته أو في صناعته ، فإن هؤلاء المنافسين يضاربون بسببه

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٦٣٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٦٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٩٣ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني لم ترد فيه نصوص في التزام المرافقة العامة .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦٣ .

هذا التمييز. ومن ثم يحق لهم أن يرجعوا على الملتزم بتعويض الضرر الذي أصابهم من جراء ذلك ، كما يحق لهم إجبار الملتزم على أن يتخذ التزامه من وجوب مراعاة المساواة بين جميع العملاء تنفيذاً عينياً ، فيكف عن إثارة بعض العملاء وتمييزهم عن الآخرين تمييزاً غير مشروع . والمقصود بالتمييز غير المشروع هو التمييز الذي يمنع على خلاف ما تقضى به المادة ٢/٦٧٠ مدنى سالف الذكر ، وهى تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه بصفة شخصية ميزات يرفض منحها للآخرين ، وسيأتى بيان ذلك^(١) . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٦٧٠ مدنى صراحة على هذا الحكم كما رأينا ، إذ تقول : « وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة (الفقرة الثانية من المادة ٦٧٠ مدنى) يوجب على الملتزم أن يعرض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة » .

ومبدأ المساواة بين العملاء هو كما قدمنا من المبادئ المقررة في القانون الإدارى ، وهو مبدأ مقرر وثابت منذ أمد طويل في البلاد الصناعية بوجه خاص . وكان من المظاهر الأولى للتدخل للسلطة الإدارية في تنظيم المرافق العامة حتى تحقق المساواة التامة بين المستفيدين . ولم يسبق للقضاء المصرى في عهد التتتين المدنى القديم أن قرره بصفة قاطعة^(٢) ، فأورد فيه التتتين المدنى الجديد نصاً واضحاً كما رأينا حتى يتمتع أى شك في وجود تطبيقه^(٣) .

(١) انظر ما عى لقرة ١٧٧ .

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلة بأنه لا يجوز لشركة المياه أن تفرض على عميل لها طريقة الاشتراك بالمداد أو طريقة الاشتراك بجلب جزائى ، وإلا كان فى ذلك إخلال بمبدأ المساواة بين العملاء ، والسبيل هو الذى يختار بين الطريقتين (استئناف مختط ٢٦ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « يقرر هذا النص مبدأ المساواة بين العملاء ، وهو مبدأ لم يسبق للقضاء المصرى أن قرره بصفة قاطعة ، وإن كانت محكمة الاستئناف المختلة قد أشارت إليه في بعض أحكامها (٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ ب ١١ ص ٢٤٩ - ٢٦ يونيو سنة ١٩١٨ ب ٣٠ ص ٤٩٩) . فقد حكمت مثلاً بأنه لا يجوز لشركة التى تتولى مرقفاً عاماً أن ترفض طلبات الاشتراك المقدمة من الجمهور ، أو أن تنهى اشتراكات قائمة ، إلا بناء على أسباب جدية » . كذلك قررت أنه على الملتزم بمرافق تعلق بتوزيع الغاز أو الكهرباء ، أن يؤدى بحسنه لكل من يطلبها على طول خطوط توزيع الغاز أو الكهرباء . على أن المبدأ مقرر ثابت منذ أمد طويل في البلاد الصناعية الهامة ، وربما كان من أول مظاهر تدخل السلطات في تنظيم المرافق =

١٧٧ — ما يرد على مبدأ المساواة من استثناء : ويستثنى من مبدأ

المساواة المتقدم المذكور أن يمنح الملزم طائفة من الأشخاص معاملة خاصة تنطوي على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها . ولكن يشترط لصحة ذلك ألا تمنح هذه الميزات لأشخاص ينلوها ، بل لمجموعة من الأشخاص تتوفر فيها شروط معينة ، على أن يتنفع بالميزات الممنوحة كل من يطلب ذلك ممن توافرت فيه هذه الشروط . مثل ذلك أن يمنح الملزم بطريق من طرق المواصلات بتخفيضاً في الأجور لتلاميذ المدارس وطلبة المعاهد العلمية . ومثل ذلك أيضاً أن تمنح شركة السكة الحديدية الإعفاء من دفع الأجر لموظفيها أولئك يستوفون شروطاً معينة من هؤلاء الموظفين . وواضح أن الاستثناء على هذا الوجه استثناء ظاهري ،

= العامة ، وانتقال هذه المراتق من طور التنظيم المرحلي تنظم تشرف عليه السلطة العامة ، فتعبر على الأمس وضع قوائم الأسعار ، وترأى فيها المساواة التامة بين العملاء ، سواء في الخدمات أو في تقاضي الأجور . وقد طبق هذا المبدأ أولاً في شركات السكة الحديدية . فقد كانت هذه الشركات في الولايات المتحدة تفرق في المعاملة بين عملائها ، مما أدى إلى إصدار قانون ٤ فبراير سنة ١٨٨٧ الذي أنشأ مجلساً كان من أول واجباته القضاء على هذه المفارقات . وفي سنة ١٩٠٦ منع هذا المجلس سلطات واسعة فيما يتعلق بتحديد الأسعار ومنع أي تمييز في المعاملة ، حل أن يباشر سلطته هذه تحت رقابة القضاء . وعلى هذا الخط أنشئت في ولايات الاتحاد الأمريكي مجالس تتول الإشراف على المراتق العامة وتحديد الأسعار ، تحت إشراف السلطة القضائية . كذلك أنشأ قانون ٢١ يوليو سنة ١٨٧٣ في إنجلترا مجلساً للسكة الحديدية يتولى تنظيم قوائم الأسعار مع التامة بمنح الميزات غير المشروعة التي تمنحها الشركات لبعض العملاء . كما أنه في فرنسا يعتبر القضاء الفرنسي هذا المبدأ من المبادئ الأساسية ، فلا يميز الملزم المرفق العام أن يستل احتكاره يميز بعض العملاء على الآخرين ويحل بذلك بالمناصفة الحرة . وكثيراً ما قررت عقود الالتزام ذلك صراحة في فرنسا ، وحكم القضاء بالنقض في حالة الإخلال بالمبدأ (جوسران Josseland) عقد النقل للبيئة الثانية ١٩٢٦ ن ١٨٠ و ٢٢٥) ، وأيدت محكمة النقض الفرنسية هذا القضاء في كثير من أحكامها (١٩ يونيو سنة ١٨٥٠ دالوز ١٨٥٠ - ١ - ١٩٧ يوليو سنة ١٨٥٢ دالوز ١٨٥٢ - ١ - ٢٠٤ ٣١ ديسمبر سنة ١٨٦٦ دالوز ١٨٦٧ - ١ - ١٥٦ ٢١ أبريل سنة ١٨٦٨ دالوز ١٨٦٨ - ١ - ٢٢٢ ١٨ ويناير سنة ١٨٧٠ دالوز ١٨٧٠ - ١ - ٣٦٧ ٣ فبراير سنة ١٨٧٠ دالوز ١٨٧١ - ١ - ٢٦٩) . ولم تعد الأحكام المختلفة كثيراً بالصعوبة القائمة من حيث تقرير الضرر الواقع في هذه الحالة ، بل إن بعضها قرر وجوب حل هذا الإشكال على حساب الشركة لأنها تسببت في الضرر (استئناف باريس ١٣ أبريل سنة ١٨٦٧ دالوز ١٨٦٩ - ١ - ٣٧١) . على أن المبدأ لم يقتصر على مرفق السكة الحديدية ، بل امتد إلى كل التزامات المرافق العامة ، وأصبح مقرر أن من واجب الملزم ، كما من واجب السلطة التي تمنح الامتياز ، أن تحقق المساواة التامة بين العملاء (مجموعة الأعمال التوضيحية ص ٧٨ - ص ٨٣) .

تخفيض الأجر أو الإعفاء منه لا يمنح لشخص أو لأشخاص بالذات مما يخل بالمساواة بين العملاء ، وإنما يمنح لمجموعة من الأشخاص لا تتعين بلواتها بل يشروط معينة تتوافر فيها ، وهذا ليس من شأنه أن يخل بالمساواة بين عميل بالذات و عميل آخر . وكان الملتزم يتقاضى أجرين ، أجراً مخففاً من مجموعة من الأشخاص لا يميز فيهم بين شخص وآخر ، وأجراً عادياً من بقية الناس لا يميز أيضاً فيهم بين شخص وآخر ، وهذا كله دون أن يجاوز الحد الأقصى للأسعار التي قررتها السلطة الإدارية^(١) .

وقد أكدت الفقرة الثانية من المادة ٦٧٠ مدني سالفه الذكر أن تخفيض الأجر أو الإعفاء منها على هذا الوجه لا يخل بمبدأ المساواة ، فقالت كما رأينا : « ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوي على تخفيض الأجر أو الإعفاء منها ، على أن ينفع هذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يمينها الملتزم بوجه عام . ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين » .

§ ٤ - الجزاء

١٧٨ - الجزاء المرفق : بين العميل والملتزم عقد مدني كما قلنا ، يرتبه العميل حقاً ذاتية (droits subjectifs) تجاه الملتزم هي ألا يدفع أكثر من الأجر الذي قرره السلطة الإدارية في حدود القانون ونظام المرفق العام ، وأن يكتفى له الملتزم استمرار خدمات المرفق وانتظامها ومسايرتها للتطور ، وأن يحق له المساواة التامة بينه وبين سائر عملاء المرفق . بل إن هذه الحقوق الذاتية يستمدّها العميل ، ليس فحسب من العقد المبرم بينه وبين الملتزم ، بل أيضاً من عقد الالتزام المبرم بين الملتزم والسلطة الإدارية ، ثم من القوانين التي تنظم

(١) وفي قضية تهديد شركة غاز بأن تورد الناز لمصالح الحكومة بسعر أقصى يجوز تنفيذه . وهذا السعر أقل من السعر الأقصى الذي تهديد أن تورد به الناز للجمهور . وقد خفضت الشركة السعر الذي تورد به الناز للجمهور حتى أصبح أقل من السعر الذي تورد به لمصالح الحكومة ، ففرض بأنه لا يجوز للحكومة أن تطلب تخفيضاً مماثلاً أو أي تخفيض للسعر الذي تدفعه لشركة (استئناف مخطوط ٣ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٢) .

التزام المرافق العامة ، ومن المبادئ العامة المقررة في القانون الإداري^(١) .
وليس غريباً أن يستمد الشخص حقاً ذاتياً من نظام مقرر ومن لوائح وقوانين
معينة بل ومن مبادئ القانون بوجه عام ، ويكون هذا الحق الذاتي ليس مصدره
العقد بل القانون . ومن ثم يمكن القول بأن لعمل المرفق حقوقاً ذاتية كماقصدنا
مصدرها العقد ، وعند سكوت العقد يكون مصدرها القانون .

وعلى أساس هذا الحق الذاتي يجوز لعمل المرفق أن يرفع دعوى أمام
التصاعد المدني يطالب فيها الملزم بحقه ، وفقاً للقواعد العامة المقررة في القانون
المدني^(٢) .

فيجوز له أولاً أن يطلب التنفيذ العيني . فإذا كان يدفع أجراً لخدمات
المرفق يزيد على الأجر القانوني ، جاز له أن يطلب إنقاص الأجر إلى الحد
المسموح به قانوناً واسترداد ما دفعه زائداً على ذلك مع القوائد بالسعر القانوني
من وقت المطالبة القضائية بها . وإذا كان عميلاً لمرفق من مرافق النور أو الغاز
أو المياه ، وانقطعت عنه خدمات المرفق ، جاز له أن يطالب الملزم بأن يعيد

(١) استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٨٩١ م ٦ ص ٣٣٩ - ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م
٣٥ ص ١٦٥ - وانظر يوقار - ص ٥٧٧ - ص ٥٧٩ حيث ينتقد الفكرة المدنية القائمة
على نظرية الاشتراط لمصلحة الغير .

(٢) وقد قفت محكمة استئناف مصر بأنه وإن كثّر الجدل القانوني في تحديد علاقة المنتفع
بصاحب الامتياز ، فالمحكمة ترى أنها علاقة تحكمها شروط عقد الامتياز بحيث يجوز للمنتفع مقاضاة
صاحب الامتياز إذا ما هو أغل بأحد شروطه التي تمس مصلحة المنتفع مباشرة وكان أصابه ضرر
شخصي من هذا الإخلال . ولا يمتنع على ذلك بأن السلطة المانحة هي وحدها التي تملك حق المدافعة
عن حقوق الأفراد باعتبارها الهيئة المهيمنة على المصلحة العامة ، وأنها دون سواها صاحبة الحق
في الإشراف على إدارة المرفق بموجب عقد الامتياز الذي تبرمه مع صاحب ، فإن هذا الاعتراض
إذا صح فإنما يصح بالنسبة إلى شروط العقد العامة التي لا تمس حقوق المنتفعين الشخصية المستمدة
من هذا العقد . أما ما يمس منها هذه الحقوق ، فليقتنع بالضرورة حق التمسك بها ومطالبة صاحب
الامتياز بتعويضه عن الضرر الذي يناله من جراء الإخلال بها . ومرجع ذلك هو أن السلطة المانحة
في تعاملها مع صاحب الامتياز صفة مزدوجة ، صفة إدارية فيما تتقده خاصاً بمصلحتها كجهة حكومية
وذلك في حدود قانون الدولة الإداري ، وصفة مدنية فيما تتقده خاصاً بمصلحة المنتفع بطريق
الإنابة العامة المفترضة عنه . ولتستغ باعتبارها أصيلاً حق التمسك بشروط التصاعد الماسة بمصلحته ،
والاعتراض على تبديلها إذا أصابه ضرر من ذلك ما لم تسبق موافقة السلطة المانحة على هذا
التعديل (استئناف مصر ٤ مارس سنة ١٩٥٢ المماثلة ٣٢ رقم ٢٨٧ - ١١٢٦) - وانظر
محمد كامل مرسى بقرة ١٩٢٢ ص ٦٠٠ - ص ٣٩١ .

له توريد النور أو الغاز أو المياه باستمرار وفي انتظام وفقاً لما يقضى به نظام المرفق . وإذا عطل ملتزم مرفق المواصلات خطاً من الخطوط أو غير مواعيده بما لا يتفق مع نظام المرفق ، وكان العميل مشتركاً في هذا الخط ، جاز له أن يطالب الملتزم بإعادة الخط أو بإرجاع المواعيد إلى أصلها حتى تتفق مع ما يقضى به نظام المرفق . وإذا أخل الملتزم بواجب المساواة بين العميل وسائر العملاء ، جاز للعميل أن يطالب الملتزم بالكف عن هذا الإخلال وإعادة المساواة على الوجه الذي يقضى به القانون . ويجوز الالتجاء ، للوصول إلى التنفيذ العيني ، إلى طريقة التهديد المالي (١) .

ويجوز للعميل ثانياً أن يطالب بالتعويض عن كل ضرر أصابه من جراء الإخلال بحقوقه المتقدم ذكرها . فيطلب تعويضاً عن الضرر الذي أصابه من تعطيل خط المواصلات ، وتعويضاً عن الضرر الذي أصابه من جراء الإخلال بالمساواة بينه وبين عملاء المرفق الآخرين . وهناك نص صريح في هذا المعنى في صدد التعويض من جراء الإخلال بالمساواة ، فقد رأينا الفقرة الثالثة من المادة ٦٧٠ مدني تنص على ما يأتي : « وكل تمييز يمنع على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة يوجب على الملتزم أن يعرض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة » .

ويجوز للعميل أخيراً أن يطلب فسخ العقد بينه وبين الملتزم ، وفقاً للقواعد العامة المقررة في فسخ العقود ، وتقدر المحكمة وجاهة هذا الطلب . ولكن يندر أن يلجأ العميل إلى طلب الفسخ ، لأن الخدمات التي يقدمها له الملتزم خدمات ضرورية له ، والملتزم هو المحتكر لها إما احتكاراً قانونياً أو احتكاراً فعلياً . ومن ثم يكون الغالب هو أن يطلب العميل تنفيذ العقد تنفيذاً عينياً ، مع التعويض عن الضرر .

١٧٩ — الجزاء الإداري — قضاء الإلغاء : وهناك إلى جانب الجزاء

(١) ولكن ليس للعميل أن يلزم لإدارة بالدفاع عن وجهة نظره ، وإنما يكون له الحق في مقاضاة الملتزم مباشرة والمطالبة بحقوقه على الوجه الذي يراه (استئناف مخطط ٢٦ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢) .

المدنى جزء إدارى ، تقرره القواعد العامة في قضاء الإلغاء في القانون الإدارى^(١) . فإذا صدر من السلطة الإدارية قرار إدارى متعلق بتنظيم المرفق ويكون مخالفاً للقانون ، جاز لكل ذى مصلحة - وليس من الضروري أن يكون للطالب حق ذاتى بل يكفى مجرد المصلحة ولو كانت مصلحة أدبية - أن يضمن في هذا القرار المخالف للقانون بالإلغاء أمام القضاء الإدارى . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٣ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة من أنه « لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية في صافي أرباح استغلال المرفق العام عشرة في المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانع الالتزام ، وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال . وما زاد على ذلك من صافي الأرباح يستخدم أولاً في تكوين احتياطي خاص للسنوات التي تقل فيها الأرباح عن عشرة في المائة . وتقف زيادة هذا الاحتياطي متى بلغ ما يوازي عشرة في المائة من رأس المال . ويستخدم ما يبقى من هذا الزائد في تحسين وتوسيع المرفق العام أو في خفض الأسعار حسبما يرى مانع الالتزام » . فلو أن قراراً من السلطة الإدارية خول للملتزم أن يجاوز صافي أرباحه عشرة في المائة من رأس المال ، كان هذا القرار باطلاً لمخالفته للقانون . ويجوز لعميل المرفق أن يضمن في هذا القرار بالإلغاء أمام القضاء الإدارى ، ومصلحته في ذلك أن ما زاد من صافي أرباح الملتزم على الحد القانونى ينقص مما سيخصص في تحسين المرفق العام أو في خفض الأسعار ، وكل من تحسين المرفق وخفض أسعاره يعود عليه بالنفع .

ويجوز أن يكون القرار الإدارى المخالف للقانون والذي يضمن فيه العميل قراراً سلبياً ، أى أن السلطة الإدارية تمتنع عن اتخاذ الإجراءات القانونية الواجبة عندما يطلب إليها العميل ذلك . فيصح مثلاً ألا تعيد السلطة الإدارية النظر في قوائم أسعار المرفق عقب كل فترة زمنية تنتظر في تعديلها لمصلحة المستفيعين بالمرفق ، كما تقضى المادة ٢ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة إذ تقول : « يكون لمانع الالتزام الحق في إعادة النظر في قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية مبنية على الأسس التي تحدّد في وثيقة

الالتزام : فيستطيع العميل أن يتقدم إلى السلطة الإدارية مانحة الالتزام بإعادة النظر في قوائم الأسعار ، فإذا امتنعت عن ذلك كان هذا قراراً سلبياً يجوز للعميل أن يظمن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإداري لمخالفته للقانون . ويصبح أيضاً أن يكون مرفق المواصلات قد تطور ، فأصبح من الواجب زيادة عدد الخطوط ، أو تعديل المواعيد ، أو استبدال مركبات حديثة بمركبات قديمة ، أو استبدال مركبات « الترولي باس » بمركبات الترام في بعض الخطوط أو كلها ، أو غير ذلك مما يجعل إدارة المرفق تسير مقتضيات التطور . فيجوز في هذه الحالة للعميل أن يتقدم للسلطة الإدارية مانحة الالتزام طالباً إليها أن تجعل الملتزم يدخل هذه التعديلات ، ومصلحة العميل في ذلك ظاهرة . فإذا امتنعت السلطة الإدارية عن اتخاذ الإجراءات اللازمة مع الملقوم لتحقيق هذا الغرض ، كان امتناعها قراراً سلبياً يجوز للعميل أن يظمن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإداري لمخالفته للقانون .

١٨٠ — متى يكونه للعميل صفة في التقاضي : وحتى يستطيع العميل التقاضي على النحو الذي قدمناه ، يجب أن تكون له صفة . ففي التقاضي أمام المحاكم المدنية للمطالبة بالتنفيذ المعنى أو بالتعويض أو بالفسخ ، يجب أن يكون لمحق ذاتي (droit subjectif) ، وينشأ هذا الحق من العقد المبرم بينه وبين الملتزم أو من عقد الالتزام أو من القوانين التي تنظم التزام المرافق العامة كما سبق القول . وفي التقاضي أمام القضاء الإداري للمطالبة بإلغاء القرار الإداري الباطل ، لا يلزم أن يكون له حق ذاتي ، بل يكفي أن تكون له مصلحة جديـة ولو كانت هذه المصلحة أدبية كما أسلفنا .

ولا يجوز في الحالتين للعميل أن يقاضى إلا للدفاع عن مصلحة الشخصية ، فليس له باسم جمهور العملاء أن يرفع دعوى وينافع فيها عن مصالحهم المشتركة . وقد كان المشروع التهديد للتقنين الملقى يتضمن نصاً في هذا المعنى ، فكانت المادة ٩١٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : ١ - ليس للعميل الذي تعاقـد مع ملتزم المرفق ، إذا تعطلت خدمات هذا المرفق أو اختلت ، أن يقاضى الملتزم إلا للدفاع عن مصلحة الشخصية . ٢ - ولا يجوز له باسم

جمهور العملاء أن يرفع دعوى ويدافع فيها عن مصالحهم المشتركة^(١). وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « يقرر هذا النص المبدأ الذى أخذت به محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة (٢٧ مايو سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ١٨٥ ن ٣١٨) وأيدتها فيه محكمة الاستئناف المختلطة (٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ ص ١٩٥ ن ٣٣٢) ، وذلك بمناسبة نزاع بين شركة مياه الإسكندرية وأحد عملائها . وقد قررت المحكمة أنه ليس للعميل أية صفة لتمثيل مجموع العملاء قبل الشركة ، فليس له أن يطالبها إلا بما يحس حقوقه هو شخصياً بمقتضى العقد المبرم بينهما^(٢). وقد حذف هذا النص في لجنة مجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة « مع ملاحظة أنه لا يراد بالحلف عكس هذا الحكم^(٣) .

ولكن يجوز أن تألف جمعية أو نقابة للدفاع عن مصالح سكان حي معين أو طائفة معينة من الناس ، وتكون لها الشخصية المعنوية ، فتقاضى باسم الجماعة التى تمثلها وتكون لها صفة فى التقاضى^(٤) .

(١) وتنص المادة ٨٩٨ منق مرق على ما يأتى : « للميل الذى تعاقب مع ملتزم المرق ، إذا تحللت خدمات هذا المرق أو اعلنت ، أن يقاضى الملتزم إلا فيما يخص مصلحته الشخصية ، وليس له أن يرفع الدعوى باسم جمهور العملاء » .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية « ص ٨١ فى الهامش .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية « ص ٨٢ فى الهامش .

(٤) انظر فى هذا المنى استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٩٤ .

الفضل الثاني

أنواع أخرى من المقاولات

١٨١ - بعض المقاولات الكثيرة الوقوع في العمل : نتناول بعض المقاولات الكثيرة الوقوع في العمل ، دون أن نفيض القول فيها فهي تخضع بوجه عام للقواعد التي سبق أن بسطناها في عقد المقاولات ، وتقتصر هنا على بحث خصائصها الرئيسية .

وقد اخترنا أربعاً من هذه المقاولات : عقد النشر ، وعقد النظارة ، والعقد مع رجل الأعمال ، وعقد الإعلان^(١) .

(١) أما عقد النقل ، وهو عقد هام من عقود المقاولات ، فله قانونه التجاري . وإذا كان التقنين المدني الفرنسي قد أورد فيه عدداً قليلاً من النصوص وتركه بعد ذلك إلى التقنين التجاري ، فإن التقنين المدني المصري - القديم والجديد - لم يعرض له إطلاقاً ، تاركاً إياه حيلة واحدة للتقنين التجاري . وقد أفرد له التقنين التجاري المصري فصلاً خاصاً به « في الوكالة بالتمويل والنقل وفي أمناء النقل والمراكبية ونحوهم » (م ٩٠ - ١٠٤ تجاري) . وقد أورد المشروع انهيجي التقنين المدني الجديد بعض النصوص في المرافق المتعلقة بالنقل البري (م ٩١٥ - ٩٣٠ مكررة ثالثاً من المشروع) ، ولكن هذه النصوص حذفت في لجنة المراجعة ، لأنها تقرر أحكاماً خاصة بأمناء النقل ، بعضها وهو الخاص بالنقل بواسطة السكك الحديدية تنظمه لوائح قائمة فضلاً ، والبعض الآخر يحسن تنظيمه بتشريعات خاصة ، لأن حركة النقل في تطور مستمر من شأنه ألا يضمن هذه الأحكام الثبات وهو شرط لازم لأحكام المجموعة المدنية « (مجموعة الأحوال الشخصية » ص ٩٠ - ص ١٠٢ في الهامش) . وبعد حذف هذه النصوص ، أصبح عقد النقل باقياً في مكانه الطبيعي وهو التقنين التجاري .

وكذلك عقد الأشغال العامة (marché des travaux publics) لا يتميز من عقد المقاولات إلا بخصائصه الإدارية ، من نحو التعاقد عن طريق المناقصات العامة وإمكان توقيع الجزاءات دون حكم وتنفيذ العقد جبراً على المأذول بطريق الرعي ومستولية الإدارة نحو الغير ورجوعها على الغير بما جناه من فائدة بسبب الأعمال التي قامت بها . وكل ذلك من مباحث القانون الإداري ، لذلك يكون المكان الطبيعي لعقد الأشغال العامة هو القانون الإداري لا القانون المدني .

المبحث الأول

عقد النشر (*)

(Contrat d'édition)

١٨٢ - صور مختلف : المؤلف ، أيا كان العمل الذي قام به ، أدبياً كان أو فنياً ، قد يتولى نشر مؤلفه بين أفراد الجمهور بنفسه . فيقوم بطبعه على نفقته ، ثم يقوم بعرضه للبيع على الجمهور . ولكن الغالب أن يلجأ المؤلف إلى التعاقد مع ناشر يقوم بهذه المهمة ، فيطبع الناشر الكتاب ويعرضه للبيع ، والعقد الذي يبرمه المؤلف مع الناشر لهذا الغرض يسمى بعقد النشر . وليس لعقد النشر صورة واحدة ، بل تتعدد صورته بتعدد الطرق التي يلجأ إليها المؤلف في الزول عن حقه في مؤلفه للناشر .

وأبعد هذه الصور مدى هي الصورة التي ينزل فيها المؤلف عن حقه في استغلال مؤلفه للناشر نزولاً غير محدد ، فيكون للناشر الحق في طبع الكتاب طبعات متعددة دون تحديد لعدد هذه الطبعات . ويملك الناشر جميع النسخ في كل طبعة من طبعات الكتاب ، ويبيعها لحسابه . وفي نظير ذلك يدفع للمؤلف مبلغاً معيناً دفعة واحدة أو على عدة دفعات . وهذه الصورة لا تخرج

(٥) مراجع : Huard في العقود ما بين المؤلفين والناشرين باريس سنة ١٨٨٩ - Rudelle في العلاقات القانونية ما بين المؤلفين والناشرين باريس سنة ١٨٩٨ - Pouillet في الملكية الأدبية والفنية وحق التأليف المسرحي الطبعة الثالثة (Mailard et Claro) سنة ١٩٠٨ - Escarra - Rault et Happ النظرية الفرنسية في حق المؤلف سنة ١٩٢٧ - Desbois في حق المؤلف سنة ١٩٥٠ - سافاتييه في قانون الفن والأدب سنة ١٩٥٣ .

رسائل : Lardour عقد النشر في المسائل الأدبية باريس سنة ١٨٩٣ - Pierre Hesse الحق الأدبي لمؤلف باريس سنة ١٩٠٦ - Dupont Rougier عقد النشر باريس سنة ١٩٠٧ - Adenis-Colombeau عقد العرض المسرحي باريس سنة ١٩٠٩ - Lauterbourg عقد النشر والتكييف القانوني لحق المؤلف باريس سنة ١٩١٥ - Jean Rault عقد النشر في القانون الفرنسي باريس سنة ١٩٢٧ - Striffling عقد النشر ديجهون سنة ١٩٣٩ .

وانظر بودري وقال ٢ فقرة ٤١٧٩ - فقرة ٤١٨٧ مكررة ثالثاً - بلانويول وريير ورواست ١١ فقرة ٩٦٨ - فقرة ٩٦٩ - بلانويول وريير وحامل ١٠ فقرة ٣٢٨ - فقرة ٣٣٢ - أنسكلويدى دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. عقد النشر فقرة ٢٢٣ - فقرة ٢٥٣ .

عن أن تكون بيعاً لحق الاستغلال أبرمه المؤلف مع الناشر في مقابل ثمن معين ، وقد نزل المؤلف للناشر بهذا البيع عن حقه للمادى في استغلال مؤلفه ، واستبقى حقه الأدبي (le droit moral de l'auteur) فإنه حق لا يجوز الزول عنه^(١).

وقد يقتصر المؤلف على أن يبيع للناشر طبعة معينة من الكتاب ، ويعين بالاتفاق معه عدد نسخ هذه الطبعة ، فيقوم الناشر بطبع هذا العدد من النسخ على نفقته ، وتصبح النسخ ملكاً له ، ويبيعها لحسابه ، ويدفع في مقابل ذلك للمؤلف مبلغاً معيناً على دفعة واحدة أو على عدة دفعات^(٢).

وقد يحفظ المؤلف بحقه في استغلال مؤلفه ، ويقوم بطبع الكتاب على نفقته^(٣) فتكون النسخ بعد طبعها ملكاً له ، ويقوم الناشر بعرض الكتاب على الجمهور للبيع . وفي هذه الحالة لا يكون هناك عقد بيع بل عقد مقاوله ، والمقاول هو الناشر والمؤلف هو رب العمل . ذلك لأن الناشر يقوم بعمل معين لحساب المؤلف ، هو عرض الكتاب على الجمهور للبيع وقبض ثمنه ،

(١) ويمكن التمييز بين هذه الصورة وبين نقل المؤلف لجميع حقوقه في التأليف لشخص آخر . في حالة انتقال حقوق المؤلف لغيره عن طريق البيع أو الميراث أو الوصية أو غير ذلك من طرق كسب الملكية ، يمل من انتقلت إليه الملكية عمل المؤلف في جميع حقوقه بصفة دائمة ، ومن بين هذه الحقوق أن يبرم عقد نشر مع أحد الناشرين في شأن الكتاب الذي انتقل إليه . أما في حالة الصالة مع ناشر ، فإن الناشر لا تنتقل إليه ملكية الكتاب بصفة دائمة ، بل ينتقل إليه حق استغلال الكتاب لعدد من الطبعات غير معين ولدة غير معينة ، فإذا لم يتم الناشر بإعادة طبع الكتاب في مدة محقولة بعد نفاد نسخ الطبعة السابقة ، استعاد المؤلف حقه في استغلال الكتاب ، وله أن ينشره بنفسه أو عن طريق ناشر آخر (بلازيون وريبير وهامل ١٠قرة ٣٢٨ - انظر عكس ذلك) وأنه لا فرق بين الصورتين Rault في عقد النشر في القانون الفرنسي رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ ص ٥٥ وما بعدها) .

وقد يشترى الناشر حقوق المؤلف فتنتقل إليه هذه الحقوق بصفة دائمة ، بموجب عقد بيع لا بموجب عقد نشر ، وتبقى الحقوق المدة التي يحددها القانون لحقوق المؤلف . وعند ذلك ينشر الناشر العمل الذي اشتراه ، لا باعتباره ناشرًا بل باعتباره أنه هو صاحب حقوق التأليف ، كالمؤلف عند ما ينشر مؤلفه بنفسه . ويجوز للناشر في هذه الحالة أن يهد إلى ناشر آخر ، بموجب عقد نشر ، أن ينشر المؤلف الذي اشترى حقوق التأليف فيه .

(٢) بودرى وقال ٢قرة ٤١٧٩ .

(٣) وقد يقوم الناشر بطبع الكتاب ، على أن يسترد نفقات الطبع من ثمن النسخ التي يبيعها ، وبعد ذلك يستول على أجره المضاف عليه ، ويورد الباقي للمؤلف . والطبق مع صاحب الطبعة مجرد طبع الكتاب يكون عقد مقاوله لا عقد نشر .

ويتقاضى في مقابل ذلك أجراً من المؤلف^(١) . ويغلب أن يكون الأجر نسبة معينة من ثمن كل نسخة يتولى الناشر بيعها ، مخصصها من الثمن ويرد الباقي إلى المؤلف . ولا يجوز اعتبار العقد شركة ، لأن نسخ الكتاب كما قدمنا ملك للمؤلف ، والناشر لا يساهم في الخسارة بحيث لو كسد الكتاب ولم يتردد المؤلف بتفقات طبعه فإن الناشر لا شأن له بهذه الخسارة . وإنما يتقاضى الناشر جعلاً معيناً في نظير عمله ، هو نسبة مئوية معينة من ثمن النسخ المباعة . فالعقد يكون مقالة من حيث عرض الكتاب للبيع ، مقترنة بوكالة حين يبيع الناشر نسخ الكتاب لحساب المؤلف^(٢) .

وقد يتقلب الموقف ، فيصبح المؤلف هو المقاول والناشر هو رب العمل . ويتحقق ذلك عادة إذا قام ناشر بطبع مؤلف يضم طائفة من البحوث أو من المقالات ، فن يساهم يبحث أو عمال من المؤلفين يتقاضى أجراً معيناً على عمله من الناشر ، وبذلك يصبح المؤلف هو المقاول كما سبق القول^(٣) .

وسواء كان العقد بيعاً أو مقالة ، وسواء كان المقاول هو الناشر أو المؤلف ، فإن العقد يبقى مع ذلك محتفظاً بذاتيته ويسمى بعقد النشر .

ولعقد النشر أركانه ، ويترتب عليه آثاره : التزامات في ذمة المؤلف وأخرى في ذمة الناشر . ويوجد نوع خاص من النشر عن طريق المسرح ، فلا يطبع المؤلف وإنما يعرض كسرحية على الجمهور ، ويسمى العقد في هذه الحالة بعقد العرض المسرحي (contrat de représentation) .

(١) بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٧٩ ص ١٢٢٦ .

(٢) وإذا أراد المؤلف أن يشارك الناشر ، فساهم هذا الأخير في الربح وفي الخسارة ، فإن ذلك يجوز . ويكون العقد في هذه الحالة شركة حل الصورة الآتية : يساهم المؤلف بمؤلفه ، ويساهم الناشر بتفقات طبعه مثلاً ، وتكون النسخ ملكاً لشركة ، ويكون لكل شريك نسبة يظن عليها في الربح وفي الخسارة (قارن بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٨٠) .

(٣) بلانويو وريبير ودواست ١١ فقرة ٩٦٨ - وإذا دفع المؤلف المقال أو البحث تماماً إلى صاحب الجريدة أو المجلة ، ثم اتفق معه على الأجر ، فالعقد هنا لا يقع على عمل يكون مقالة ، بل يقع على ملكية المقال أو البحث فيكون بيعاً . وإذا كان المؤلف يكتب بانتظام مقالات تنشر في المجلة أو الجريدة مقابل أجر ، فالعقد لا يكون بيعاً . وإنما يكم : عقد عمل إذا كان المؤلف خاضعاً لتوجيه صاحب المجلة أو الجريدة ، وعقد مقالة إذا لم يكن خاضعاً لهذا التوجيه (بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٨٧) .

فنبعث في عقد النشر المسائل الآتية : (١) أركان العقد . (٢) التزامات المؤلف . (٣) التزامات الناشر . (٤) عقد العرض المسرحي^(١) .

§ ١ - أركان عقد النشر

١٨٣ - **أركانه** : لعقد النشر أركان ثلاثة : التراضي ، والعمل الأدبي أو الفني أى المؤلف ، والأجر .

١٨٤ - **الركن الأول - التراضي** : عقد النشر طرفاه المؤلف والناشر . وهو عقد رضائي يتم بتوافق الإيجاب والقبول دون حاجة إلى شكل خاص ، ويخضع في إثباته للقواعد العامة . ولما كان الناشر تاجراً يقوم بعمل من أعمال التجارة وكان المؤلف غير تاجر يقوم بعمل مدني ، فقد النشر إذن عند مخطط ، تجاري من جانب الناشر ومدني من جانب المؤلف . ومن ثم يجوز للمؤلف أن يثبت على الناشر بجميع طرق الإثبات وفيها البينة والقرائن ولوزادت قيمة العقد على عشرة جنبيات ، كما يجوز أن يقاضيه أمام القضاء التجاري . أما الناشر فلا يثبت العقد على المؤلف إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمته على عشرة جنبيات ، ولا يقاضيه إلا أمام القضاء المدني . ويبقى المؤلف يقوم بعمل مدني حتى لو تولى نشر مؤلفه بنفسه ، فمعرضه للبيع ، فهو لا يشتري

(١) وإذا حدد شخص إلى نشر كتاب دون اتفاق مع المؤلف على نشره ، أى دون أن يكون هناك عقد نشر ، كان متكباً لحرة ملكية المؤلف ، فإذا اشترك اثنان في هذا النشر كانا مسئولين بالتضامن عن التصويض (استئناف مخطط ٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٧) . ولا يعتبر مجرد تكليف وزارة المعارف لموظف بوضع كتاب معين اتفاقاً على أن ملكية الكتاب وحق نشره انتقل إلى الوزارة ، ولو تقاضى المؤلف مكافأة عن وضع الكتاب ، ما لم يكن هناك تعاقداً صريحاً أو ضمنياً على ذلك (استئناف مصر ١١ مارس سنة ١٩٣٧ الهامة ١٧ رقم ٥٩٦ ص ١١٩٤ - ١١ مارس سنة ١٩٣٧ الهامة ١٧ رقم ٥٩٧ ص ١١٩٦) .

وقد قضى بأنه إذا حصلت وزارة المعارف (دار الكتب) على نسخة خطية لأحد الكتب الممنوعة ، وقامت بجمع هذا الكتاب وترقيته وطبع ما جمعه مؤلفه من الآراء المختلفة في كتابه ، وأضافت لها رأيها باعتباره من أصحاب الآراء السديدة في العلم الذي كتب فيه الكتاب ، فهذا المجهود لا يمكن مهما عظم أن ينقلب إلى حق تأليف يثبت للوزارة . ومع التسليم جدلاً بأبولة مثل هذه المؤلفات إلى الوزارة ، فإنها متى آلت للدولة وطبعتها تسقط سالاً في الملك العام ، ويكون لكل إنسان حق إعادة طباعتها ، لأن المؤلفات التي تنشرها الدولة تدل على أنها وضعت لخدمة الجمهور (مصر الكلية ٧ مايو سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٨٨) .

ليبيع كما يفعل التاجر ، وإنما يقوم أصلاً بعمل أدبي أو فني ، وقيامه ببيعه للجمهور ليس إلا عملاً تابعاً للعمل الأصلي^(١) .

والتراضى في عقد النشر لا يقوم في الأصل على اعتبارات في شخص الناشر ، ما لم تدل الظروف في وضوح على أن المؤلف قد قصد التعاقد مع ناشر معين لصفات خاصة فيه^(٢) . وينبئ على ذلك أن موت الناشر أو بيعه لمتجره لا ينهي عقد النشر ، بل ينتقل العقد مع حلة العقود الأخرى إلى الورثة أو إلى الناشر الجديد الذى اشترى المتجر . ومع ذلك لا يجوز للناشر أن يتفق مع ناشر آخر على النشر من الباطن إلا بموافقة المؤلف . ذلك أنه إذا سلم بانتقال عقد النشر مع حلة عقود النشر الأخرى لورثة الناشر أو للمشتري لمتجره ، فإن جواز انتقال عقد نشر بمفرده إلى ناشر آخر يتوقف على اعتبارات ترجع إلى المقدرة المالية لهذا الناشر الآخر وممتهته التجارية ، ومن ثم وجب الحصول على موافقة المؤلف لجواز النشر من الباطن^(٣) .

١٨٥ — الركن الثانى — العمل الأدبى أو الفنى (المؤلف) : والركن

الثانى في عقد النشر هو العمل الأدبى أو الفنى الذى قام به المؤلف وجعله محلاً للنشر . فتأليف كتاب في أى فرع من فروع العلوم والآداب والفنون يصبح أن يكون محلاً للنشر . كذلك ترجمة كتاب إلى لغة أخرى غير لغته الأصلية يعتبر عملاً أدبياً يصبح نشره . وقد يكون العمل محل النشر عملاً فنياً لا أدبياً ، كالرسم والنقش والتصوير والنحت وما إلى ذلك ، فيخرج الناشر من هذا العمل الفنى نسخاً متعددة ويعرضها للبيع . كذلك الغناء والتلحين والقطع الموسيقية يمكن نشرها عن طريق صنع اسطوانات تعرض للبيع ، وأفلام السينما تنشر عن طريق نقل نسخها وعرضها على الجمهور وهذا هو العرض المسرحى . وبوجه عام كل ما يمكن اعتباره ملكية أدبية أو فنية يصبح أن يكون محلاً للنشر . ولا يجوز التوسع في تفسير المحل الذى وقع عليه عقد النشر . فالمؤلف

(١) أنسيكلوبيدى دالوز ؛ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٢٦ — محمد كامل مرسى
فقرة ٦٥٢ ص ٥٥٣ .

(٢) محمد كامل مرسى ، فقرة ٦٥٣ .

(٣) أنسيكلوبيدى دالوز ؛ لفظ Prop. Lit. et. Art. فقرة ٢٢٨ — انظر عكس ذلك وأن يجوز النشر من الباطن دون موافقة المؤلف : بوجدى وفال ٢ فقرة ٤١٨٤ .

الذي يتعاقد مع ناشر على نشر مؤلفه يصبح أن يفرج هذا المؤلف إلى لغة أخرى ، ولا تدخل هذه الترجمة في عقد النشر الأول ، بل يجوز أن تكون محلاً لعقد نشر جديد . ومؤلف القصة إذا تعاقد على نشرها يصبح أن يستخرج منها حرجية للتمثيل تكون محلاً لعقد نشر آخر^(١) . وناشر القطع الموسيقية لأحد لشعراء لا يجوز أن ينشر تبعاً لها قصائد هذا الشاعر وأعماله الأدبية^(٢) .

ويجب التمييز ، في العمل الأدبي أو الفني محل النشر ، بين الملكية الأدبية والفنية للمؤلف وهذه هي التي تكون محلاً للاستغلال عن طريق النشر ، وبين الأصول (manuscripts) المدون فيها العمل الأدبي أو الفني ويكون غالباً بخط المؤلف . فلا ينتقل بعقد النشر إلى الناشر ملكية هذه الأصول ، بل تبقى للملكية للمؤلف ، ويستطيع هذا أن يقتصر على إعطاء الناشر نسخة مطابقة للأصل من هذه الأصول لنشرها دون أن يعطيه الأصول ذاتها ، كما يجوز له إذا أعطى الناشر الأصول أن يستردها منه بعد الفراغ من طبعها . وقد تنتقل ملكية الأصول أو حيازتها من المؤلف إلى شخص آخر دون أن ينتقل معها حق الملكية الأدبية والفنية ، فالمالك أو الحائز للأصول لا يجوز له أن يتعاقد مع ناشر على نشرها مجرد أنه مالك أو حائز لها ، بل يجب أن يثبت أن حق الملكية الأدبية والفنية قد انتقل إليه أيضاً^(٣) .

والإتفاق على العمل الأدبي أو الفني محل النشر يعين عادة الشكل الذي

(١) ذلك أن عقد النشر لا يتضمن حق العرض المسرحي إلا إذا نص على ذلك (باريس لمرل مايو سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٥-٢-٥٨ - Pouillet - ققرة ٢٥٢ - بلانيول وريبيرو هامل ١٠ ققرة ٣٣١ ص ٤٢٠) ، ولا يتضمن حق العرض عن طريق الأفلام السينمائية (باريس ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٠-٢-٨١ - ١٧ مايو سنة ١٩١٢ سويه ١٩١٣ - ١-١٤٩ - بلانيول وريبيرو هامل ١٠ ققرة ٣٣١ ص ٤٢٠) ، ولا يتضمن حق الإذاعة عن طريق الراديو وطريق التلفزيون (السين ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٤٣ دالوز ١٩٤٤ - ١٢٧ - باريس ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٥ جازيت دي پاليه ١٩٤٥ - ١ - ١٩٣) ، فكل من هذا وذاك نوع من العرض المسرحي .

(٢) انظر في هذا المعنى باريس ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٦ دالوز الأسبوعي ١٩٢٦ - ٢٨٩ - ٢٣ مارس سنة ١٩٣٧ دالوز الأسبوعي ١٩٣٧ - ٢٣٩ - ١٢ مايو سنة ١٩٥٢ دالوز ١٩٥٢ - ٦٥٥ - أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. te Art. ققرة ٢٣٠ - ققرة ٢٣١ . (٣) نقض فرنسي ٢٦ فبراير سنة ١٩١٩ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ٢١٥ - باريس ٢٩ مارس سنة ١٨٧٨ دالوز ٧٨ - ٢ - ١٣٧ - ٤ يولييه سنة ١٨٩٠ دالوز ٩٥ - ٢ - ٤٢١ - ٨ مارس سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٣ - ٢ - ٩٤ - بلانيول وريبيرو هامل ١٠ ققرة -

يطبع فيه المؤلف ، وعدد الطبعات التي يحق للناسر إصدارها ، وعدد النسخ في كل طبعة ، والتمن الذي تباع به النسخة لأفراد الجمهور . فإذا لم يعين الاتفاق الشكل ، وكان هناك شكل مألوف يطبع فيه المؤلف انصرفت نية المتعاقدين إلى أنهما أرادا هذا الشكل المألوف ، وإلا فإن للناسر الحق في تعيين الشكل الذي يطبع فيه المؤلف . فله أن يختار شكلاً شعبياً رخيص الثمن ، إذا رأى أن هذا الشكل يعين على انتشار المؤلف وسرعة بيعه^(١) . ولكن إذا اتفق على أن يكون الكتاب موضعاً بالصور ، لم يحز للناسر أن يطبع الكتاب خالياً منها^(٢) . وإذا لم يعين الاتفاق عدد الطبعات ، كان للناسر أن يصدر أي عدد من الطبعات يرى من المصلحة إصداره ، هذا إذا كان قد اشترى حقوق التأليف . أما إذا كان عقد النشر مقاوله يتقاضى فيها الناسر أجراً على عمله ، ولم يعين الاتفاق عدد الطبعات ، فيبقى للناسر حق إصدار طبعة بعد أخرى إلى أن يخطره المؤلف بانتهاء العقد وفقاً للقواعد المقررة في العقود غير المعينة المدة^(٣) . وإذا لم يعين الاتفاق عدد النسخ في الطبعة ، أو الثمن الذي تباع به النسخة لأفراد الجمهور ، أو التاريخ الذي يتم فيه الطبع وعرض المؤلف على الجمهور ، فإن ذلك يترك لتقدير الناسر حسب ما تقتضيه المصلحة في انتشار المؤلف وسرعة توزيعه ، على ألا يبطئ الناسر في الطبع لإبطاء لامرور له أو يتخذ قراراً في المسائل المتقدمة الذكر من شأنه أن يضر بمصلحة المؤلف المشروعة^(٤) .

= ٣٢٨ - أنيكلويدى دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٢٢ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٥١ ص ٥٥٢ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من انتقلت إليه ملكية أصول كتاب سبق نشره لا ملك. وحده حق نشر الكتاب ، بل يكون هذا الحق ثابتاً أيضاً لمن انتقلت إليهم ملكية أصول أخرى لنفس الكتاب (استئناف مخطوط ٢٧ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٣٩) .

(١) السين ٩ فبراير سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٠ - ٣ - ٣١ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٢ ص ٥٥٢ .

(٢) باريس ٩ أغسطس سنة ١٨٧١ دالوز ٧٢ - ٢ - ١٦٥ - ولناشأن أن يطبع اسمه على نسخ الكتاب (محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٢ ص ٥٥٢) .

(٣) أنيكلويدى دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٢٣ .

(٤) أنيكلويدى دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٣٦ - ولناشأن تصفية ما تبقى لديه من النسخ بسعر منخفض ، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك (محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٢ ص ٥٥٢) .

ويجوز الاتفاق بين المؤلف والناشر على نشر عمل أدبي أو فني لم ينتجه المؤلف بعد ، بل لما يبدأ فيه ، بشرط ألا يكون التزام المؤلف معلقاً على شرط إرادى محض^(١) ، وبشرط أن يكون العمل معيّنًا في موضوعه وفي مداه ومبلغ أهميته وفي المدة التقريبية التي يتم فيها وإلا كان باطلا لعدم تعين المحل^(٢) .

١٨٦ — الركن الثالث — المؤمر : ويختلف الأجر باختلاف الصور

المتعددة لعقد النشر ، وهى الصور التي استعرضناها فيما تقدم^(٣) :

فإذا نزل المؤلف للناشر عن حقوقه في التأليف نزولا غير محدد ، بحيث يكون للناشر الحق في طبع المؤلف عدداً غير معين من الطباعات ويكون مالكا لجميع النسخ من كل طبعة ، فإن العقد يكون بيعاً كما قدمنا ، ويكون الأجر هو الثمن يدفعه الناشر للمؤلف . ويجوز أن يكون الثمن مبلغاً محدد جزئياً ، ويدفع دفعة واحدة ، أو على أقساط في مواعيد معينة ، أو في ميعاد كل طبعة من طباعات الكتاب . كما يجوز أن يكون الثمن محددًا بنسبة عدد نسخ الكتاب وثمن كل نسخة ، أو بنسبة ما يباع من نسخ الكتاب . ويستنزل الناشر عادة من نسخ الكتاب عدداً معيّنًا محدد الاتفاق أو العرف للهدايا وللإعلان . ولا يستبقى المؤلف إلا حقه الأدبي في مؤلفه كما قدمنا ، فيلتزم الناشر بنشر المؤلف في المدة المتفق عليها أو في المدة المعقولة ، ولا يجوز له إدخال أي تعديل فيه بالتغيير أو بالزيادة أو بالحذف أو تغيير عنوانه إلا بموافقة المؤلف : وقد يشترط المؤلف على الناشر ألا يزيد ثمن النسخة الذي تباع به للجمهور على

(١) السين ٦ ديسمبر سنة ١٨٩١ Ann. ١٨٩١ - ٦١ - ٤٣٠ .

(٢) Pouillet مقرة ٢٥٣ - ويصح أن يصدر من المؤلف وعد للناشر بأن تكون له الأفضلية هل غيره من الناشرين في عمل أدبي أو فني مستقبل إذا تقدم بهرض يساوى عروض الآخرين (السين ١١ مايو سنة ١٨٧٠ Ann. ١٨٧٠ - ٧٠ - ٢٥٤ - ٢٠ يوليو سنة ١٨٩٢ Ann. ١٨٩٢ - ٩٣ - ١٢٣ - ٦ يونيو سنة ١٨٩٥ و ٢٥ مايو سنة ١٨٩٧ Ann. ١٨٩٧ - ١٩٠٠ - ٦٠) - بل يجوز للمؤلف أن يزيل الغير عن حقوقه المستقبلية قبل ناشر عن عمل اعزم القيام به ولكنه لما يباع (باريس ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٥٤ دالوز ٥٦ - ٢ - ٢٥٣) .

(٣) انظر آنفاً مقرة ١٨١ .

مبلغ معين ، حتى لا يرهق الناشر الجمهور بثمن مبالغ فيه ، ويعتبر هذا اشتراطاً لمصلحة الغير .

وإذا نزل المؤلف للناشر عن طبعة من طبعات الكتاب ، فإنه يتفق معه عادة على عدد نسخ هذه الطبعة وعلى المدة التي لا يستطيع في خلالها المؤلف أن يعيد طبع الكتاب وهي المدة المعقولة التي يتوقع فيها نفاذ نسخ الطبعة المبيعة . ويتقاضى المؤلف من الناشر ثمناً قد يكون مبلغاً محدداً جزافاً يدفع جملة واحدة أو على أقساط متعددة ، وقد يكون نسبة مئوية من الثمن المقرر لبيع النسخ ، أو نسبة مئوية من الثمن الذي يتباع به النسخ فعلاً .

وإذا كان عقد النشر مقاوله يقتصر فيها الناشر على طبع الكتاب وعرضه للبيع ، فالذي يستحق الأجر في هذه الحالة هو الناشر وهو المقاول ، لا المؤلف وهو رب العمل . ويبدأ الناشر عادة بإسترداد ما قد يكون أنفقه من المصروفات في طبع الكتاب من ثمن النسخ المبيعة . فإذا ما استرد هذه المصروفات ، فاييحه بعد ذلك من نسخ يتقاضى عليه أجراً أو عمولة ، وقد تكون مبلغاً معيناً عن كل نسخة يبيعهها ، وقد تكون كما هو الغالب نسبة مئوية من الثمن الذي يتباع به النسخة .

وإذا كان المؤلف هو المقاول والناشر هو رب العمل ، كما هو الأمر فيما إذا قدم المؤلف مقالاً أو بحثاً في مجلة أو في مجموعة من البحوث أو المقالات ، فإن الأجر في هذه الحالة يكون مستحقاً للمؤلف يدفعه له الناشر ، ويكون غالباً مبلغاً معيناً محدداً جزافاً ويدفع للمؤلف عند تسليمه للناشر المقال أو البحث .

٢٨ - التزامات المؤلف

١٨٧ - التزاماته : يترتب في ذمة المؤلف بموجب عقد النشر التزامات وهي : (١) تسليم عمله الأدبي أو الفني للناشر بحيث يتمكن هذا من طبعه ونشره : (٢) ضمان تعرضه الشخصي أو تعرض الغير لما قام به من عمل أدبي أو فني .

١٨٨ - التزامه المؤبد - تسليم العمل المؤبد أو الفني للناشر : يلتزم المؤلف بأن يسلم للناشر للعمل الأدبي أو الفني عمل النشر . فيسلم له أصوله

مؤلفه ، أو نسخة مطابقة للأصل من هذه الأصول دون الأصول ذاتها^(١) . ونفقات النسخة المطابقة للأصل تكون على المؤلف . ويجب التسليم في الميعاد المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك ميعاد متفق عليه فإن المحكمة تتولى تحديد هذا الميعاد مستهدة في ذلك بالعرف وبأهمية العمل . فإذا لم يتم المؤلف قبلها الالتزام^(٢) ، جاز للناسر أن يطلب فسخ عقد النشر وأن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا الفسخ^(٣) . ولا يجوز إجبار المؤلف على التنفيذ عيناً ، بأن يستولى الناسر على الأصول أو على نسخة مطابقة للأصل منها عنوة ، فإن هذا يتعارض مع حق المؤلف الأدبي في العلون عن نشر مؤلفه إذا رأى أن سمعته الأدبية أو أن ضميره يقتضى منه ذلك^(٤) . على أنه لا يجوز للمؤلف أن يتخذ من هذا الحق في العلون عن النشر ذريعة للإخلال بالتزامه ، حتى يتمكن من عقد صفقة أكثر ربحاً مع ناشر آخر^(٥) . ويجوز للناسر أن يستبقى الأصول بعد طبعها ، أو نسخة مطابقة للأصل من هذه الأصول إذا أراد المؤلف استرداد الأصول وتكون نفقات النسخة المطابقة على المؤلف ، وذلك في حالة ما إذا كان للناسر حق إعادة طبع الكتاب . ويلتزم المؤلف - بل إن هذا هو أيضاً حق له - بأن يصصح تجارب

-
- (١) والأصول المكتوبة بخط المؤلف تدخل في ملكية المادية ، وتنتقل هذه الملكية إليه وورثته ، ولغزلاء استرداد الأصول من الناسر بعد أن ينسخ منها صورة مطابقة على نفقة الورثة إذا احتاج لهذه النسخة في إعادة طبع الكتاب (باريس ٢٩ مارس سنة ١٨٧٨ دالوز ٧٨ - ٢ - ١٣٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ ققرة ٣٢٩ ص ٤١٥ - وانظر أيضاً ققرة ١٨٤) .
- (٢) ولناشر أن يرفض تسليم أصول كتاب لم ينشها المؤلف في حياته وإنما بنسبته وورثته أو شخص آخر ولو كان مخصصاً في موضوع الكتاب ، ما لم يكن الباقي من العمل هو مجرد تجميع وترتيب Pouillet ققرة ٢٠٣ - يودى وقال ، ققرة ٤١٨٢) .
- (٣) باريس ١٤ فبراير سنة ١٩٠٨ Ann. ١٩٠٨ - ١ - ٢٦٦ - وقد قضى بأن الناسر في تسليم الأصول لا يكون سبباً للفسخ إذا كان ذلك يرجع إلى أن المؤلف ، مطالعة تفسيره واحتفاظاً بسمعته الأدبية ، أراد مراجعة عمله إمعاناً منه في الإقناع (رن ٢٤ يولييه سنة ١٨٥٨ دالوز ٥٩ - ٢ - ١٧٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ ققرة ٣٣٠ ص ٤١٧ هامش ١) .
- (٤) باريس ١٩ مارس سنة ١٩٤٧ دالوز ١٩٤٩ - ١٩ - يودى وقال ٢ ققرة ٤١٨٧ مكررة ثالثاً ص ١٢٣٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ ققرة ٣٣٠ ص ٤١٧ - وانظر حكس ذلك وأنه يجوز التنفيذ البسي Pouillet ققرة ٢٨٨ .
- (٥) يودى وقال ٢ ققرة ٤١٨٧ مكررة ثالثاً ص ١٢٣٢ - أنسيكلويدى دالوز ٤
- نظ. Prop. Lit. et Art. ققرة ٢٤٠ .

مؤلفه عند طبعه ، فيقوم بتصحيح التجارب في الميعاد المألوف ، ويشمل التصحيح الأخطاء المادية التي تقع عند الطبع . وقد جرت العادة بأن يسمح للمؤلف بإدخال تعديلات يسيرة ، عند تصحيح التجارب ، على مؤلفه بالتغيير أو بالزيادة أو بالحذف . وتسمى هذه بتصحيحات المؤلف (corrections de l'auteur) ، وتكون عادة على نفقة الناشر ، إلا إذا جعلها عقد النشر كلها أو بعضها على نفقة المؤلف^(١) .

١٨٩ - المؤلف المثلثي - الضمائم : ويلتزم المؤلف بضمائم التعرض .

فلا يجوز أن يقوم بعمل شخصي يتعارض مع حق الناشر في استغلال المؤلف وإلا جاز الحكم عليه بالكف عن التعرض وبالتعويض إن كان له عمل .

ومن ثم لا يجوز للمؤلف ، بعد أن يتفق مع الناشر على نشر كتاب له ، أن يقوم هو بنشر الكتاب بنفسه أو بواسطة ناشر آخر ، فيتنافس بذلك الناشر الأول منافسة غير مشروعة . وإذا فعل ، جاز للناشر الأول أن يطلب الحكم بمصادرة نسخ الكتاب التي قام بنشرها المؤلف أو الناشر الآخر ، مع الحكم بالتعويض على كل منهما ، على المؤلف بموجب المسؤولية العقدية ، وعلى الناشر الآخر بموجب المسؤولية التقصيرية إذا كان يعلم أن الكتاب سبق أن اتفق المؤلف مع الناشر الأول على نشره . كذلك لا يجوز للمؤلف ، بدعوى أنه ينشر الكتاب في مجلة أو جريدة تباعاً في أعداد متعاقبة إذا كان ذلك مسموحاً له به في عقد النشر ، أن ينشر الكتاب كله في عدد واحد من المجلد أو الجريدة أو في عدد من متواليين ، فإن هذا يكون بمثابة نشر كامل للكتاب يتعارض مع حقوق الناشر^(٢) .

(١) أنسيكلوبيي دالوز ؛ لفظ Pron. Lit. et Art. فقرة ٢٤١ .

(٢) باريس ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩١١ - ٢ - ٣٩٩ - ٩ أبريل سنة ١٩١٠ دالوز - ١٩١١ - ٢ - ٣٩٨ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٤٩ ص ٥٤٧ - أما إذا تعاقد المؤلف على نشر تمثيلية (drame) ، فإن ذلك لا يمنعه من وضع قصة في موضوع تمثيلية ومن جعل القصة محلاً لعقد نشر جديد (باريس ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٦ جازيت دي تريبيون ١١ يولييه سنة ١٩٢٦ - وانظر آنفاً فقرة ١٨٥) . وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأنه لا يعد تمثيل رواية سينمائية مختلف فيها الحوار والشكل والتصميم البنائي اعتداء على حق رواية لم تكن مدته من الأصل للتمثيل السينمائي . وليس لهدير مسرح انحص بحق تمثيل رواية مسرحية لا لمؤلف تلك الرواية أن يمارس كلاهما -

ولكن يجوز للمؤلف أن يتفق مع ناشر على نشر الكتاب في طبعة شعبية وخصصة الفن ، ومع ناشر آخر على نشر نفس الكتاب في طبعة فاخرة موضحة بالرسوم ، فلكل طبعة من هاتين عملاؤها . أما إذا اتفق مع كل من الناشرين على طبع الكتاب طبعة شعبية أو طبعة فاخرة ، فإنه يكون قد أحل بالتزامه بالضيان ، ويجوز لكل من الناشرين الرجوع عليه بالتعويض . وإذا قام الناشر الأول بنشر الكتاب ، وعلم الناشر الثاني بعقد النشر الأول ، فليس له أن يقوم بنشر الكتاب مرة أخرى ولو كان وقت أن تعاقد مع المؤلف حسن النية ، أى لا يعلم بأن المؤلف قد تعاقد مع الناشر الأول على نشر الكتاب . وكل ما للناشر الثاني هو أن يرجع على المؤلف بفسخ العقد والتعويض . أما إذا نشر الناشر الثاني الكتاب بالرغم من علمه بعقد النشر الأول ، فإنه يجوز للناشر الأول أن يطلب مصادرة النسخ التى طبعها الناشر الثاني ، وأن يرجع عليه وعلى المؤلف بالتعويض ، على الأول بموجب المسؤولية التصبيرية وعلى الثاني بموجب المسؤولية العقدية^(١) . بقى أن ينشر كل من الناشرين الكتاب وهو حسن النية ، أى لا يعلم كل منهما بعقد النشر الصادر إلى الآخر . ففى هذه الحالة لا يكون أحد منهما قد ارتكب خطأ بالنسبة إلى الآخر ، ومن ثم لا يجوز لأيهما أن يرجع على الآخر بتعويض . ويرجع كل منهما بالتعويض على المؤلف لأنه أحل بالتزامه بالضيان نحو كل منهما ، فيكون ملزماً بتعويض

= أو أحدهما في إخراج فيلم متكلم من الرواية المذكورة ، وبالتالي ليس المؤلف قصة مادية أن يعاين في إخراج فيلم سينمائي من موضوع ما كتب ، لأن الحادث والفكرة والموضوع والعقدة ليست ملكاً لأحد ، أما الحوار والأسلوب فليهما (مصر الوطنية مستحيل ١٢ يناير سنة ١٩٤٣ الهامة ٢٣ رقم ٥٨ ص ١١٣ : ويلاحظ أن الحكم شمل كلا من مؤلف الرواية والناشر . أما الناشر فصحيح ، وأما مؤلف الرواية فيبدو أن صفه يقوم سبباً بالنسبة إلى فيلم سينمائي يقتبس من روايته ويأخذ منها الحادث والفكرة والموضوع والعقدة ، فهذه كلها ملك للمؤلف ، لا كما تقول المحكمة إنها ليست ملكاً لأحد) .

وإذا تعاقد المؤلف على نشر مؤلفه ، فإن ذلك يمنعه من إعادة نشر المؤلف ولو في مجموعة لتتطرق كل أعماله ، وذلك ما لم يقتض العرف بغيره (*Ponillet* ققرة ٢٩٩ - *London* ص ١٤٨ - *Blatt* و *Reiber* وهامل ١٠ ققرة ٢٣٠ ص ٤١٨ وهامش ٢ - *السين* ٢١ فبراير سنة ١٩٤٧ دالوز ٤٧ - ٢ - ٦٩) .

(١) أنجه ٢ مايو سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ - ٥٨٥ - *أنسيكلوبيدي دالوز* ؛ لفظ *Prop. Lit. et Art.* ققرة ٢٤٣ .

كل من الناشرين عن الضرر الذى أصابه من جراء منافسة الناشر الآخر له . ويشمل الالتزام بالضمان أن يرد المؤلف عن الناشر ادعاء الغير بأن العمل الأدبى أو الفنى محل النشر مسروق كله أو بعضه^(١) أو أنه يتضمن قذفاً أو انتهاكاً لحرمه أسرار الغير مما يوجب المسؤولية . فإذا لم يستطع المؤلف دفع ادعاء الغير ، كان للناشر أن يرجع عليه الضمان وفقاً للقواعد المقررة فى المسؤولية العقدية .

§ ٣ - التزامات الناشر

١٩٠ - **الالتزامات العامة** : يلتزم الناشر بموجب عقد النشر بما يأتي :

(١) طبع المؤلف ونشره . (٢) احترام حقوق المؤلف المالية . (٣) احترام حقوق المؤلف الأدبية .

١٩١ - **الالتزام الأول - طبع المؤلف ونشره** : يترتب على عقد النشر ، حتى لو كان بيعاً ، التزام فى ذمة الناشر بأن يقوم بطبع المؤلف المعهود إليه به ونشره . فلا يكتفى أن يقوم الناشر بالتزاماته المالية نحو المؤلف ، بل يجب فوق ذلك ، بل وقبل ذلك ، أن يقوم بالالتزامه من طبع الكتاب ونشره^(٢) ، فإن هذا التزام أساسى يترتب على عقد النشر . والمؤلف عندما قدم كتابه للنشر لم يقصد الاقتصاد على جنى الربح المادى ، بل قصد إلى جانب ذلك نشر الكتاب بين أفراد الجمهور ، وله فى ذلك مصلحة أدبية لا تخفى . فلو أن الناشر عرض على المؤلف أن يدفع له ما اتفق عليه معه من أجر كاملاً ، وامتنع فى الوقت ذاته عن طبع الكتاب ونشره ، فإنه يكون قد أخل بالتزام أساسى ترتب فى ذمته بموجب عقد النشر ، ومن ثم يجوز للمؤلف أن يطلب فسخ العقد مع التعويض عما أصابه من ضرر ، ويمكن المؤلف بعد ذلك أن يتعاقد مع ناشر آخر على نشر الكتاب^(٣) .

(١) بلانول وريبير وهامل ١٠ ققرة ٣٣٠ ص ٤١٨ .

(٢) السين ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٥ جازيت دى پاليه ٢ فبراير سنة ١٩٢٦ - بلانول وريبير وهامل ١٠ ققرة ٣٣١ ص ٤١٩ .

(٣) باريس ٥ مايو سنة ١٨٩٧ Ann. ٩٩ - ١٧٥ - ٣ مارس سنة ١٩٢٠ Ann. ١٩٢١ - ٧٠ - ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٧ دالوز الأسيوى ١٩٢٧ - ٥٤٥ - السين ١٠ يناير سنة ١٨٩٥ -

ويلتزم الناشر بطبع المؤلف ونشره في الميعاد المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك اتفاق على ميعاد معين حددت المحكمة الميعاد ، مراعية في ذلك طبيعة العمل الأدبي أو الفني المطلوب نشره والظروف المحيطة بالمؤلف والناشر وبوجود ألا يفقد الكتاب أهميته إذا تأخر نشره . فإذا تأخر الناشر في طبع الكتاب ونشره عن الميعاد الواجب ، كان للمؤلف الحق في طلب التعويض ، بل له الحق في طلب فسخ العقد إذا كان للفسخ مقتض مع التعويض^(١) .

وإذا حصل الناشر على الحق في إعادة طبع الكتاب مرات متعددة ، وجب عليه عندما تقارب نسخ الطبعة على النفاذ أن يشرح في الطبعة التالية ، وذلك ما لم يكن الكتاب قد فقد أهميته في نظر الجمهور ولم يعد ينتظره الرواج إذا ما أعيد طبعه^(٢) . بل إنه قد قضى بأنه يجوز للمؤلف ، إذا تحقق من نفاذ نسخ الكتاب ومن أن الناشر لا يعتزم إعادة طبعه ، أن يعتمد إلى العمل على نشره بنفسه أو أن يعهد إلى ناشر آخر بالنشر ، دون حاجة إلى رفع دعوى بفسخ العقد^(٣) . وكثيراً ما يعتمد المؤلف إلى وضع شرط في عقد النشر يقضي بأنه إذا تأخر الناشر عن إعادة طبع الكتاب في خلال المدة المعقولة ، أو إذا نفدت نسخ الكتاب ولم يعد الناشر طبعه في خلال مدة معينة من وقت إصداره بإعادة الطبع ، اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ، واسترد المؤلف حقه إعادة طبع الكتاب دون حاجة إلى استصدار حكم بذلك^(٤) .

Ann. ٩٩ - ١٧٥ - Pouillet قرة ٣٠٨ - وقد ذهبت بعض المحاكم إلى مدى يمتد فيه هذا المعنى ، إلى حد أنها لم تنف الناشر من المسؤولية عن عدم طبع الكتاب ونشره ، حتى لو تدرج بأن الكتاب قد ورد فيه ما ينحل بالأمن العام أو يتعارض مع الآداب العامة أو قد ورد فيه ما يعتبر قذفاً في حق الغير وبأن نشره قد يعرضه للمسئولية (باريس ٥ مايو سنة ١٨٥٨ Ann. ٥٨ - ٢٢١) . ولكن الصحيح أن لناشر في هذه الحالة أن يطلب بطلان العقد مخالف لنظام العام أو لآداب ، فيختل بذلك من الالتزام بطبعه ونشره (باريس ٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ Ann. ٩٩ - ٦١ - السنين ٣٥ فبراير سنة ١٨٦٣ Ann. ٦٣ - ١١٠) .

(١) وقد قضى بأنه إذا سلم المؤلف الأصول للناشر مع الرسوم اللازمة ، وبقيت الأصول والرسوم عند الناشر مدة تناهز ثلاث سنوات ، جاز المؤلف أن يطلب فسخ العقد وأن يسترد الأصول والرسوم ، وأن يحصل على تعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء إغفال الناشر بالتزامه (السين ٢٩ مارس سنة ١٩٥٢ جازيت دي پاليه ١٩٥٢ - ١ - ٤١٨) .

(٢) Pouillet قرة ٣٠٨ - أنميكلويدي دالورز لنظام Prop. Lit. et Art. قرة ٢٤٩٤ .

(٣) (السين ١١ يولييه سنة ١٩٣٩ جازيت دي پاليه ١٩٤٠ - ١ - ٣١) .

(٤) (باريس ٧ نوفمبر سنة ١٩٥١ دالورز ١٩٥١ - ٧٥٩ - السنين ٣١ مارس سنة ١٩٥٢

دالورز ١٩٥٢ - ٤٢٩) .

١٩٢ — المؤلف الثاني — احترام حقوق المؤلف المالية : وقد قدمنا

أن المؤلف تكون له حقوق مالية يستمدها من عقد النشر . فهو إذا كان قد باع حقوقه للناسر ، سواء في جميع الطبعات أو في طبعة معينة ، كان له الحق في الثمن يتقاضاه من الناسر . وإذا أحل الناسر بالتزامه ، جاز للمؤلف أن يطلب التنفيذ عيناً . وله كذلك أن يطلب فسخ العقد واسترداد نسخ الكتاب من الناسر مع التعويض ، والناسر أن يرجع عليه بنفقات الطبع إن كان هو الذي دفعها ، وتقع مقاصة بين هذه النفقات والتعويض المستحق للمؤلف بقليل الأقل منهما طبقاً للقواعد المقررة في المقاصة^(١) .

وقد يقتصر الناسر على أن يكون مقاولاً يقوم بطبع الكتاب ونشره في مقابل أجر يتقاضاه من المؤلف . ففي هذه الحالة يخضع الناسر الأجر المستحق له ، وكذلك نفقات طبع الكتاب إذا كان هو الذي قام بهذه النفقات ، من ثمن ما يباع من النسخ ، ويرد الباقي للمؤلف . ولهذا الأخير عند الاقتضاء أن يطلب من الناسر تقديم حساب مفصل عن نفقات الكتاب وما يبيع منه من النسخ ، لاستيفاء حقه^(٢) . كذلك له أن يطلب تقديم حساب في مواعيد دورية عن النسخ التي يبيع من الكتاب ، وعند الخلاف تعين المحكمة المواعيد الدورية التي يقدم فيها الحساب^(٣) .

وإذا كان المؤلف هو المقاول ، وقد أعطى للناسر مقالاً أو بحثاً ينشر في مجلة أو جريدة أو مجموعة من البحوث ، فإن له أن يتقاضى الأجر المتفق عليه . فإذا لم يتفق على أجر ، وجب تطبيق المادة ٦٥٩ مدني وتنص على أنه « إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول » ، وكذلك الفقرة الثانية من المادة ٦٦٠ مدني فيما يتعلق بتقدير أجر

(١) وإذا اتفق المؤلف مع الناسر على عدد النسخ التي تطبع من الكتاب وسعر النسخة ، وعلم صاحب المطبعة التي قام بطبع الكتاب بهذا الاتفاق ومع ذلك خالف الشروط المتفق عليها ، فإنه يكون مسئولاً مع الناسر نحو المؤلف (استئناف مخطوط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٧) .

(٢) نقض قرني ٢٧ أبريل سنة ١٩٢١ ARR ١٩٢١ - ١ - ٢٧٥ .

(٣) السين ٤ يونيو سنة ١٨٩٦ سيرة ٩٩ - ٢ - ٢١٧ - بودري وقال ٢ فقرة ٤١٨١ ص ١٢٢٩ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٠ ص ٥٥١ .

المهندس المعماري وتنص على ما يأتي: « فلان لم يحدد العقد هذه الأجور ،
وجب تقديرها وفقاً للعرف الجاري » . فيقاس أجر المؤلف على أجر المهندس
المعماري وكلاهما ذو مهنة حرة ، ويقلد القاضي أجر المؤلف حسب قيمة
العمل ، ويرجع في ذلك إلى العرف الجاري .

١٩٣ — **المؤثرات الثالث** — **احترام حقوق المؤلف الأدبية** : ويلتزم
الناشر باحترام حقوق المؤلف الأدبية . فلا يجوز له أن يجري تعديلاً في العمل
الذي ينشره ، لا بالحذف ولا بالإضافة ، بغير إذن المؤلف^(١) . كذلك
لا يجوز للناشر ، بغير إذن المؤلف ، أن يغير عنوان الكتاب ، أو أن يجري
تعديلاً فيه^(٢) .

ويجب على الناشر أن يضع على الكتاب الاسم الذي اختاره المؤلف
لنفسه^(٣) ، سواء كان اسمه الحقيقي أو كان اسماً مستعاراً . وللناشر أن يضع
إلى جانب اسم المؤلف ما يتميز به هذا من درجات علمية ومن مرتبات
الشرف ، إلا إذا أراد المؤلف ذكر ذلك^(٤) .
أما غلاف الكتاب فيتمتع الناشر بالنسبة إليه بحرية أوسع . فله أن يضع

(١) باريس ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ Ann. ١٩٣١ - ٣٦٩ - ١٨ يوليو سنة ١٩٣٢
دالوز ١٩٣٤ - ٢ - ١٣٩ - ١٢ مارس سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٦ - ٢٥٧ - السنين ٣١ ديسمبر
سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ - ٣٥ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ دالوز الأسبوعي
١٩٢٧ - ١٢٥ - ٦ و٧ أبريل سنة ١٩٤٩ جازيت دي پاليه ١٣ مايو سنة ١٩٤٩ (حق
مخرج الفيلم السينمائي في عدم قطع أجزاء منه بغير موافقته) - وموافقة المؤلف على التعديل
بحسب ضرورة فلا يجوز الناشر إجراء التعديل دون إذن مهما كان مقتضياً بأن التعديل ضروري وبأنه
يزيد في قيمة العمل ، فقد كان على الناشر قبل إبرام العقد مع المؤلف أن يتصح بإجراء هذا التعديل ،
فإن رفض المؤلف كان الناشر في حل من ألا يبرم العقد (أنيسكلوبيدي دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. ٢٥١) .

(٢) السنين ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ٢ - ١٥٢ - ١٣ ديسمبر
سنة ١٩٠١ ٢٠ يونيو سنة ١٩٠٤ جازيت دي تريبيون ٢٥ أغسطس سنة ١٩٠٤ - ٢٧ ديسمبر
سنة ١٩٢٠ Ann. ١٩٢١ - ٢٩٢ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ Ann. ١٩٢٣ - ٨٨ .

(٣) باريس ٥ يناير سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ٢ - ٢٤٣ - السنين ٢٤ فبراير
سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٥ - ٥ - ٧ Pouillet - ٣١٦ - بلاغول وريبير وهامل ١٠
فقره ٣٣١ ص ٤١٩ .

(٤) السنين ١٢ مايو سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٩ - ٢ - ٢٨ .

على الغلاف ما يرى وضعه من تلخيص لتعليقات الفاد أو أى تعليق آخر يرسم للقراء صورة من الكتاب تحجب إليهم قراءته . وله أن يغير ما يكتب على الغلاف في كل طبعة من الطباعات ، حسبما يظهر له من الأثر الذى أحدثته الكتاب في الطباعات السابقة . وله أن ينشر على الغلاف أسماء المؤلفات الأخرى التى قام بنشرها ، ولو كانت لغير المؤلف . بل له أن يستبدل في طبعة تالية بأسماء المؤلفات الأخرى التى وضعها المؤلف أسماء المؤلفات التى قام الناشر بنشرها ، سواء كانت للمؤلف أو لغيره من المؤلفين الآخرين^(١) .

وللناشر فوق ذلك أن يصحح في صلب الكتاب الأخطاء المطبعية التى تكون قد فأت على المؤلف تصحيحها^(٢) . بل له أن يضيف تعقيبات في حواشى الكتاب عما استجد من معلومات مستحدثة فيما يتعلق بالكب التاريخية والعلمية ، وإذا كان الكتاب موضوعاً للتلاميذ والطلبة فله أن يجعله مسائراً لآخر منهج من مناهج التعليم^(٣) .

وإذا كشف الناشر بعد إبرام العقد أن الكتاب يحوى عبارات يعتبرها تنقفاً في حق بعض الناس أو يعتبرها موجبة للمستولية ، فليس له أن يحذف هذه العبارات من تلقاء نفسه دون موافقة المؤلف . ولكن إذا رفض المؤلف الإذن ، يجوز للناشر أن يرفع دعوى ببطالان عقد النشر لخالفته للنظام العام^(٤) .

§ ٤ - عقد العرض المسرحى

(Contrat de représentation)

١٩٤ - صور العرض المختلفة : يلجأ عادة مؤلف المسرحية أو مخرج الفيلم السينمائى أو واضع القطعة الموسيقية أو ملحن القطعة الغنائية إلى نشر عمله على الجمهور بعرضه عن طريق المسرح أو السينما أو الراديو أو التلفزيون^(٥) .

(١) السين ٢ أبريل سنة ١٩٥١ دالوز ١٩٥١ - ٣٤٣ - أنيكلوپيدى دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. قرة ٣٥٣ .

(٢) باريس ١٨ يونيو سنة ١٨٨٣ Ann. ٨٥ - ٢٩٤ .

(٣) أنيكلوپيدى دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. قرة ٣٥٢ .

(٤) السين ١٥ فبراير سنة ١٩٢٢ Ann. ١٩٢٢ - ٣٢٣ - Desbois في حق المؤلف

قرة ٥٦٨ - أنيكلوپيدى دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. قرة ٣٥٢ .

(٥) انظر في النشر بطريق العرض السينمائى : استئناف مخطط ٢٧ يناير سنة ١٩٣٧ م -

فيصاقد المؤلف مع صاحب المسرح أو السينا أو إدارة الإذاعة على تقديم العمل إلى جمهور النظارة والمستمعين ، وهذا هو عقد العرض المسرحي .
وقد يتكفل المؤلف بالمصروفات ويكون من حقه تقاضي الإيراد من جمهور النظارة ، ويعطى لصاحب المسرح أو الفرقة التي قامت بتمثيل المسرحية أو بأداء القطعة الموسيقية أو القطعة الغنائية أو لصاحب قاعة السينا أجراً معيناً ، قد يكون مبلغاً إجمالياً وقد يكون نسبة معينة من الإيراد . وفي هذه الحالة يكون العقد مقاوله ، المقاول فيها هو صاحب المسرح أو الفرقة ورب العمل هو المؤلف .

ولكن الغالب هو أن يلزم المؤلف بمسرحيته أو بقطعته الموسيقية أو الغنائية لصاحب المسرح أو السينا أو إدارة الإذاعة ، ويتقاضى أجراً معيناً ، قد يكون هو أيضاً مبلغاً إجمالياً وقد يكون نسبة معينة من الإيراد . فيكون العقد في هذه الحالة عقد بيع لحق المؤلف في نشر عمله عن طريق المسرح ، أو عقد مقاوله إذا ألزم المؤلف بوضع المسرحية أو القطعة الموسيقية أو الغنائية في نظير جعل معين ، ويكون المقاول في هذه الحالة هو المؤلف وصاحب المسرح هو رب العمل .

وسواء كان العقد مقاوله أو بيعاً ، فهو في الحالتين عقد عرض مسرحي^(١).

١٩٥ - التزامات المؤلف المسرحي : يلتزم المؤلف المسرحي بتسليم عمله لصاحب المسرح في الميعاد المتفق عليه ، أو في ميعاد معقول يحده القاضى عند الخلاف . وإذا سلم العمل ، فإنه لا يستطيع بعد ذلك استرداده ، حتى في مقابل تعويض ، إلا بعد أن يتم التمثيل أو الأداء^(٢) . كذلك لا يستطيع إدخال

١ - م ٤٩ ص ٨٧-١٣ يوفيه سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢١٦ - وفي النشر بطريق تسجيل القطعة الغنائية في اسطوانات جراموفونية : استئناف مخطوط ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٦ - ولقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأنه ولو لم يذكر في الاسطوانة الغنائية أنها خاصة لحقوق المؤلف ، إلا أنه إذا أدارها صاحب محل عام حتى يسمعا الجمهور ، وجب عليه التحقق من أنها وقعت في الملك العام وقد سقطت حقوق المؤلف (استئناف مخطوط ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤) .
(١) وقبل إبرام هذا العقد لا يجوز للمؤلف أن يرجع على صاحب المسرح بما صرفه من نفقات لعرض عمله على صاحب المسرح ابتداء للتأكد منه ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره (استئناف مخطوط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٦) .

(٢) Pouillet مقرر ٧٨٨ - بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٩٩ ص ٢١٧ .

أى تعديل فيه بغير موافقة صاحب المسرح^(١) ، وصاحب المسرح لا يستطيع أيضاً إدخال تعديل إلا بموافقة المؤلف أو إلا إذا اشترط ذلك مقلماً في عقد العرض المسرحي^(٢) .

ويكون التمثيل أو الأداء مرة أو أكثر ، بالمقدار الذى يتفق عليه بين الطرفين^(٣) . فإذا لم يتفق على عدد المرات ، كان لكل من الطرفين أن ينهى العقد بإخطار فى الميعاد الذى يقضى به العرف أو فى ميعاد معقول ، وذلك حسب القواعد المقررة فى العقود غير المعينة المدة . وإذا انتهى العقد بانتهاء عدد المرات المتفق عليها أو بالإخطار ، استرد المؤلف عمله من صاحب المسرح ، واستعاد حقه فى نشر العمل بعقد عرض جديد مع صاحب المسرح نفسه أو مع صاحب مسرح آخر .

ويضمن المؤلف المسرحى عمله . فلا يجوز أن يتعاقد مع صاحب مسرح آخر على نفس العمل^(٤) ، مادام العقد الأول قائماً ، سواء لأن مدته المعينة لم تنتقض أو لأن صاحب المسرح لم يستفد عدد المرات المتفق عليها . ويلتزم المؤلف كذلك بدفع أى تعرض من الغير يدعى أن له حقاً فى العمل محل العرض ، أو يدعى أن العمل مسروق أو أن فيه مساساً بالغير يوجب المسؤولية .

١٩٦ — التزامات صاحب المسرح : ويلتزم صاحب المسرح بتمثيل المسرحية أو بأداء القطعة الموسيقية أو الغنائية فى الميعاد المتفق عليه ، أو فى ميعاد معقول يحدده القاضى عند الخلاف . فإذا تأخر صاحب المسرح عن القيام

(١) باريس ١٨ مارس سنة ١٨٣٥ جازيت دى تريبيون ١٩ مارس سنة ١٨٣٥ - بلايول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٩ ص ٢١٧ .

(٢) السين ٢٠ مايو سنة ١٩٠٨ جازيت دى پاليه ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ .

(٣) ومع ذلك يجوز لصاحب المسرح أن يوقف تمثيل المسرحية أو أداء القطعة الموسيقية أو الغنائية ، إذا قل إقبال الجمهور بحيث يصبح الدخل غير مجزٍ وترتب على ذلك غسارة للمؤلف وصاحب المسرح على السواء (السين ٣٠ يناير سنة ١٨٩٧ Le Droit ٣١ يناير سنة ١٨٩٧ - بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٨٩ مكررة - محمد كامل مرسى فقرة ٦٦١) .

(٤) ولكن إذا باع مؤلف قطعة غنائية لأخر لاستعماله الشخصى فإن ذلك لا يمنح المؤلف من إعطائها لمسرح غنائى تعرضها على الجمهور ، ولا يجوز لشخص آخر القطعة لنفسه^(١) ، يحلها هو لمسرح غنائى إذ لا يملك إلا الاستعمال الشخصى (استئناف غنطل ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٧٧) .

هذا الالتزام ، جاز للمؤلف إجباره على ذلك ، ويجوز له في سبيل إجباره الالتجاء إلى التهديد المالي . كما يجوز للمؤلف أن يطلب فسخ العقد ، واسترداد عمله مع التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء إخلال صاحب المسرح بالتزامه^(١) .

ويجب على صاحب المسرح أن يبذل الجهد اللازم لنجاح المسرحية أو القطعة الموسيقية أو الغنائية ، فيقوم بالإعلان عنها إعلاناً كافياً ، ويعد المكان للنظارة إعداداً لائقاً ، ويكل تنفيذ العمل إلى فنانين قادرين على أدائه أداء مرضياً . ويغلب أن يكون هؤلاء الفنانون متفقاً عليهم بين المؤلف وصاحب المسرح . وللمؤلف الحق في توزيع الأدوار على الفنانين ، حسب ما يراه مناسباً لاستعداد كل منهم وكفيلاً بنجاح العمل . وله كذلك حضور التجارب (البروفات) التي يقوم بها الفنانون قبل عرض العمل على الجمهور ، وإبداء الملاحظات التي يراها ، وعلى صاحب المسرح أن يعبر هذه الملاحظات الغنائية الكافية . والمؤلف هو الذي يبت فيما إذا كان العمل معيلاً لعرضه على الجمهور ، أولاً لئلا في حاجة إلى تجارب أو ترتيبات أخرى^(٢) . ومتى عرض العمل على الجمهور المرة الأولى ولم يبد المؤلف ملاحظات ، كان لصاحب المسرح بعد ذلك أن يعرضه المرات التالية من تلقاء نفسه دون معاونة المؤلف وذلك إلى أن ينتهي عقد العرض المسرحي^(٣) .

ويلتزم صاحب المسرح أيضاً بأن يؤدي للمؤلف الحقل المتفق عليه . فإذا كان عقد العرض المسرحي يجعل للمؤلف مبلغاً إحصائياً معيناً يتقاضاه من صاحب المسرح ، وجب على هذا الأخير أن يدفعه للمؤلف في الميعاد المتفق عليه ، جملة واحدة أو على أقساط حسب الاتفاق . وإذا كان العقد يجعل للمؤلف نسبة مئوية من الإيراد ، وجب على صاحب المسرح أن يقدم للمؤلف حساباً

(١) ولكن صاحب المسرح لا يكون مسئولاً إذا منته قوة قاهرة من تنفيذ التزامه ، كما إذا منعت الجهة الإدارية تمثيل المسرحية (باريس ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٢٥ سريه ٣٦ - ٢ - ٨٢ - بودوى وبارد ١ فقرة ٤٥٥ - بودوى وقال ٢ فقرة ٤١٨٩ - محمد كامل مرسي فقرة ٦٦١) .

(٢) انظر في كل ذلك بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٩ ص. ٢١٧ .

(٣) باريس ٢٧ يونيو سنة ١٩٤٥ جازيت نوي تريبيون ٢٧ يونيو سنة ١٨٩٠ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٩ ص ٢١٧ .

مفصلاً عن إيراد الحفلة أو الحفلات التي أقامها تنفيذاً للعقد ، ويعطى للمؤلف النسبة التي يستحقها من هذا الإيراد^(١) .

وإذا كان المؤلف هو رب العمل وصاحب المسرح هو المقاول تمهد بأداء العمل مقابل مبلغ معين ، فإن المؤلف يكون له الحق في هذه الحالة في الاستيلاء على جميع إيراد الحفلة أو الحفلات المتفق عليها ، ويتحمل كل المصروفات ، وعليه أن يؤدي لصاحب المسرح الأجر المتفق عليه^(٢) .

المبحث الثاني

عقد النظارة^(*)

(Entreprise de spectacles ou de jeux)

١٩٧ — عقد النظارة عقد مقارن في الأصل : كما يتعاقد صاحب

المسرح مع المؤلف على النحو الذي بسطناه فيما تقدم في عقد العرض المسرحي ، كذلك يتعاقد مع أفراد الجمهور وهم النظارة الذين يأتون لمشاهدة المسرحية أو الفيلم السينمائي أو لسماع القطعة الموسيقية أو الغنائية أو لمشاهدة غير ذلك من

(١) ويطلب أن يدخل في الأجر الذي يستحقه المؤلف عدد من تذاكر الدخول تعطى له دون مقابل ، ويكون له حق التصرف فيها لمن يشاء ، وتسمى بتذاكر المؤلف (billets d'auteur) : انظر بلائيوزل وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٩ ص ٢١٨ .

(٢) والتزامات صاحب المسرح لا تنتقل من تلقاء نفسها إلى من ينزل له صاحب المسرح من مسرحه ، بل لابد من الاتفاق على ذلك مع صاحب المسرح الجديد وإقرار المؤلف لهذا الاتفاق ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الدين . وقد يتفق صاحب المسرح مقدماً مع المؤلف على جواز أن يعمل أي شخص ينزل له من المسرح محله في التزاماته ، ولا يكون هذا الاتفاق ملزماً لصاحب المسرح الجديد إلا إذا قرره (بلائيوزل وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٩ ص ٢١٨) .

(٥) مراجع : Hesse القانون العمل للمسرح سنة ١٩٠٤ - Malignien et Fouquet المسرح وقوانينه سنة ١٩٠٩ - Crémien المسرح والمشهد التمثيلية سنة ١٩١٤ - سافاتييه قانون الفن والأدب سنة ١٩٥٣ .

رسائل Astruc القانون الخامس والمسرح باريس سنة ١٨٩٨ - Peyronnet عقد النظارة حوليه سنة ١٩٠٥ - Falco حقوق نظارة المسرح وواجباتهم باريس سنة ١٩٠٧ - Jouquet لحوالية في عقد النظارة (رسالة على الآلة الكاتبة) باريس سنة ١٩٤٩ .

الألعاب ووسائل التسلية ، وهذا ما تمكن تسميته بعقد النظارة ^(١) .

والعقد هنا عقد مقالة أصلا ، لأن صاحب المسرح يتعهد بالقيام بعمل هو تمثيل المسرحية أو القيام بأعمال التسلية الأخرى في مقابل أجر معين يدفعه من جاء يشهد هذه الأعمال . ويتطلب أن تكون هناك مقاعد مخصصة للجلوس ، فيشمل العقد أيضاً إيجار المقعد الذي يجلس فيه العميل . ويترتب على أن العقد يتضمن إيجار المقعد أن صاحب المسرح يكون ضامناً لعيوب المقعد الخفية ، كما إذا كان موضوعاً في مكان لا يتمكن فيه العميل من مشاهدة المسرح ، أو كما إذا كان بالمقعد عيب سبب أذى للعميل كسباز خرق ملابسه . كذلك يكون صاحب المسرح مسئولاً باعتباره مؤجراً للمقعد عن التعرض للقانوني الصادر من الغير كما إذا ادعى شخص آخر أنه هو صاحب المقعد ، وغير مسئول عن التعرض للمادى كما إذا تعدى على العميل أحد النظارة . وفي كل هذه المسائل تسرى قواعد الإيجار في ضمان العيوب الخفية وضمان التعرض . ولكن مهما يكن من أمر الإيجار فيما يختص بالمقعد ، فإنه عقد ثانوى ويتبع العقد الأصل وهو عقد المقالة . إذ المقعد ليس إلا وسيلة لتنفيذ عقد المقالة ، الذى تعهد بموجبه صاحب المسرح أن يقدم للنظارة وسائل التسلية وهم جالسون في المقاعد المخصصة لهم ^(٢) ، وإذا تعارضت قواعد المقالة مع قواعد الإيجار فإن قواعد المقالة هى التى تسرى لأن عقد المقالة هو الأصل كما سبق القول ^(٣) .

على أن عقد النظارة قد يتمحض عقد مقالة دون أن يقترن بعقد الإيجار ، فيما إذا لم تكن هناك مقاعد مخصصة للجلوس النظارة ، كما يقع في بعض الأحيان في ميادين السباق وفي مباريات الألعاب المختلفة ^(٤) .

(١) جاء في المصمب الرينيط وفي مختار الصحاح : النظارة شدة القوم ينظرون إلى الشيء - غرأيت هذا القبط منسباً لتأدية المصمب المقصود .

(٢) وهذا ما يقع في عقد النقل ، فإن المسافر يكون له مقعد مخصص للجلوس ، ولكن المقعد ليس هو الأصل في العقد بل الأصل هو نقل المسافر من مكان إلى آخر ، ولذلك لا يفرج عنه للنقل من أن يكون عقد مقالة (بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٢٩) .

(٣) انظر أيضاً فقرة ٣ - وانظر الوسيط ٦ فقرة ٧ ص ١٢ .

(٤) انظر في هذا المصمب بلاتيكول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٠ ص ٢١٩ .

وقد يتمحض عقد النظارة ، على العكس من ذلك ، عقد إيجار ، فيما إذا لم يكن هناك عمل يؤدي ، بل يكون الفرض من العقد أن يستمتع النظارة بربوثة مشهد معين . فمن يدخل متحفاً أو عيلاً أثرياً أو حديقة للحيوانات أو معرضاً ، إنما يبرم عقد إيجار لا عقد مقاوله ، لأنه ينتفع بشيء معين على وجه خاص في نظير أجرة معينة^(١) .

١٩٨ - كيف يتم التعاقد مع النظارة : يصدر من صاحب المسرح إيجاب معروض على الجمهور (offre au public) ، يكون عادة عن طريق إعلانات الحوايط (affiches) والإعلانات في الصحف . وليست هذه الإعلانات دعوة إلى التعاقد فحسب ، بل هي إيجاب بات يتضمن الشروط الأساسية للتعاقد ، فيبين نوع وسائل التسلية وأية وسيلة منها بالذات (عنوان المسرحية أو الفيلم أو غير ذلك من وسائل التسلية) ، والتاريخ باليوم والساعة ، وأسماء الممثلين أو المغنيين أو الموسيقيين أو غيرهم ممن يقومون بالأدوار الرئيسية ، والأجرة التي يتقاضى عن المقاعد المختلفة على تفاوت مراتبها . وهذه هي العناصر الرئيسية للتعاقد ، تكملها لوائح البوليس والعرف السائد . لذلك يعرض صاحب المسرح على الجمهور إيجاباً باتاً شاملاً لجميع عناصره ، لا مجرد دعوة للتعاقد ، كما سبق القول .

فإذا تقدم أحد أفراد الجمهور إلى شبك التذاكر^(٢) ، وطلب تذكرة لمقعد معين عارضاً أجرة هذا المقعد ، فقد تم التعاقد إذ اقترن القبول بالإيجاب ، ووجب على صاحب المسرح أو من يمثله أن يعطي للعميل التذكرة التي يطلبها بعد أن يتقاضى منه الأجر . ولا يجوز لصاحب المسرح أن يرفض إعطاء التذكرة للعميل الذي يعرض عليه الأجرة المطلوبة ، إلا إذا كانت المقاعد قد حجزت جميعها من قبل ولم يبق هناك مقعد خال ، أو إلا إذا كان العميل يقع

(١) انظر في هذا المعنى بودرى وقال ٢ بقرة ٤١٢٩ - بلاتيسول وديور ورواست ٩١ بقرة ٩٧٠ .

(٢) جاء في المسح الوسيط : الشبك (بالفم) النافذة تشبك بالحديد أو الخشب ، والنافذة مطلقاً - وجاء فيه أيضاً : التذكرة (بالكسر) بطلاقة ثبت فيها أجر الركوب في السكك الحديدية وما جرى مجراها ، والجمع تذاكر (محدثة) .

تحت حظر أعلن عنه صاحب المسرح كما إذا ذكر في الإعلانات أنه يحظر دخول من هو دون سن معينة محافظة على الآداب^(١).

وبجوز أن يتم التعاقد ثم يدخل العميل فوراً لمشاهدة التمثيل ، بأن يتقدم إلى شبك التذاكر في ميعاد التمثيل ويدفع أجرة مقعده ويدخل في الحال . كما يجوز أن يتم التعاقد قبل ميعاد التمثيل بيوم أو أكثر ، فيحجز العميل مقعداً مقدماً ويدفع أجرته . وفي الحالتين يعطى العميل تذكرة تحمل أهم شروط التعاقد ، فيذكر التاريخ باليوم والساعة وعنوان المسرحية ونوع المقعد ورقمه والأجرة . أما شروط التعاقد الأخرى ، فيعضها مذكور في الإعلانات التي أذاعها صاحب المسرح ، وبعض آخر يرجع فيه إلى لوائح البوليس ، والعرف^(٢) . والتذكرة هي سند التعاقد^(٣) ، وهي في الوقت ذاته غائصة بالأجرة إذ جرت العادة أن العميل يدفع الأجرة عند تسلم التذكرة . وهي في يد العميل بمثابة السند لحامله ، فلا تخصص للعميل بالذات ، ويستطيع هذا

(١) انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧١ ص ٢١٩ - وهناك رأى يلعب إلى أن الإعلان عن المسرحية ليس إلا دعوة إلى التعاقد ، وأن الإيجاب إنما يصدر من العميل ، فيكون صاحب المسرح حراً في أن يقبل أو يرفض التعاقد معه حتى لو وجدت مقاعد خالية (هودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣١ ص ١١٩٨ - محكمة كونيكا ٢٩ مايو سنة ١٨٩٥ جازيت دي پاليه ٩٥ - ٢ - ٥٢٢) . ولكن هناك اتفاق على أنه إذا كان صاحب المسرح حصل على التزام (concession) من البلدية أو من الدولة لاستغلال مرفق التمثيل المسرحي ، فإنه يتعين عليه ألا يرفض التعاقد مع أي من أفراد الجمهور يتقدم إليه بالأجرة المعينة في مقعد خال (نقص فرنسي ١٩ فبراير سنة ١٨٩٦ دالروز ٩٦ - ١ - ٤٤٩ - إكس ١٦ يولييه سنة ١٨٩٤ سيرييه ٩٥ - ٢ - ٢٠٧ - ليس ٢ يناير سنة ١٨٩٣ سيرييه ٩٣ - ٢ - ١٩٣ - هودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣١ ص ١١٩٩ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٠ ص ٢١٩ هامش ٢) . ويبدو على كل حال أن لصاحب المسرح أن يرفض التعاقد مع شخص يتقدم للتمثيل ويعرض الأجرة ، إذا كان هذا الشخص رث الثياب ، أو في حالة لا تليق بمستوى جمهور النظارة كأن تطلب امرأة معروفة باحتراف الدعارة الدخول في مرقص تلتق فيه الأسرات من ذوي السمعة الحسنة . (٢) ولا يتم التعاقد إلا إذا تم الاتفاق على رقم المقعد إذا كانت المقاعد تحمل أرقاماً ، وإلا جاز للعميل استرداد الأجرة إذا كان قد دفعها لعدم الاتفاق على رقم المقعد (باريس محكمة الصلح ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٦ جازيت دي پاليه ١٩٢٦ - ٢ - ٦٨ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧١ ص ٢٢٠ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٦٢ ص ٥٦٨) .

(٣) وذلك بالرغم من أن التذكرة لا تحمل توقيع صاحب المسرح ولا توقيع العميل ، ولكنها مع ذلك تقبل سنداً على صاحب المسرح جرياً على العرف .

أن ينزل عنها للغير بتسليمها إياه ، وآخر حامل للتذكرة وهو الذى يتقدم بها في الموعد للدخول المسرح هو صاحب الحق في المقعد . ويجوز أن يشترط صاحب المسرح أن تكون التذكرة غير قابلة للتحويل ، ويقع ذلك عادة في التذاكر المجانية التى تعطى هدية لأشخاص بالذات^(١) . كذلك لا يجوز للمميل النزول عن مقعده للغير إذا كان مشتركاً (abonné) في عدة حفلات ، لأنه يحصل في هذه الحالة على خصم في الأجرة يجعل الاشتراك ذا صفة شخصية^(٢) . وبين الاشتراك تغلب فيه صفة المقابلة على صفة الإيجار ، ومن ثم تسمى راعد المقابلة عند التمارض ، فلا يكون هناك تجديد ضمنى عند انتهاء الاشتراك ، وكان يقع التجديد الضمنى لو سرت قراهد الإيجار^(٣) .

١٩٩ - التزامات صاحب المسرح : يترتب في ذمة صاحب المسرح التزامات رئيسية ثلاثة : (١) تمكين المميل من مشاهدة المسرحية . (٢) ضمان السلامة والملاوء للمميل . (٣) المحافظة على ما يودعه المميل عنده من أمتعة كمطف أو مظلة أو قبعة أو عصا أو نحو ذلك .

(الالتزام الأول) تمكين المميل من مشاهدة المسرحية : تمكين المميل من مشاهدة المسرحية يلتزم صاحب المسرح أن يمكنه من الدخول إلى قاعة النظارة إلا إذا كان في حال غير لائقة كما سيجىء^(٤) ، وإن يجعله يحتل المقعد الذى خصص له إذا كان هناك مقعد مخصص ، فلا يجوز أن يجبر على قبوله

(١) بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٢٢ - بلايول ورواست ١١ فقرة ٩٧١ ص ٢٢٠ وهاش ٢ - باريس ١٢ مايو سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ - ٢ - ٢٢٢ .

(٢) Falco ص ٤١ - Meignien et Pouquet ص ٦ . ولكن إذا كان الاشتراك في لوج أو بنوار - حيث لا تصين أشخاص بفواتها لشغل المقاعد كما يصين شخص بالذات لشغل مقعد معين - فإنه يجوز أن تعتبر أشخاص النظارة في كل حفلة من حفلات الاشتراك (Falco ص ٤٥ - بلايول ورواست ١١ فقرة ٩٧١ ص ٢٢١) .

وإذا باع المميل مقعده للغير مخالفاً بذلك شروط التمتع ، كان لصاحب المسرح منع المشتري من الدخول ، وكان لهذا الأخير - سواء منع من الدخول أو لم يرد اشتراك التذكرة - أن يرجع على المميل بما دفعه له ثمتاً للتذكرة (بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٢٢) .

(٣) هيك ١٠ فقرة ٢٧٤ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٢٨ .

(٤) انظر ما يلى فقرة ١٩٩ - وإذا منع المميل بغير حق من الدخول ، استرد الأجرة التى دفعها مع التعويض (السين ٣ يولييه سنة ١٨٩٧ سيويه ٩٨ - ٢ - ٨٥ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٠ ص ١١٩٨) .

مقعد آخر^(١) إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك وكان المقعد المعروض على العميل أفضل من مقعده الأصلي أو مماثلاً له فلم تعد للعميل مصلحة في الاعتراض. على تغيير المقعد^(٢) . ويجب أن يكون المقعد في مكان يسمح للعميل بمشاهدة المسرحية ، وإلا جاز له طلب استبدال مقعد آخر به يستطيع منه أن يشهد المسرحية أو رد الأجرة إلى دفعها مع التعويض^(٣) ، وذلك كله ما لم يكن العميل قد شاهد المقعد قبل ذلك ورضى بما فيه من عيب^(٤) .

ويجب بعد ذلك أن يقدم صاحب المسرح للنظارة المسرحية أو وسيلة التسلية الملحق بها ، ولا يجوز له أن يستبدل بها غيرها وإلا جاز للعميل أن يسترد الأجرة التي دفعها مع التعويض لإخلال صاحب المسرح بالتزامه . فإذا حالت قوة القاهرة دون ذلك ، كتبع الجهة الإدارية لتسهيل المسرحية أو مرضى من يقوم بالدور الرئيسي فيها مرضاً مفاجئاً ، فالعميل الذي لا يقبل استبدال مسرحية أخرى بالمسرحية التي تعاقد عليها له أن يسترد الأجرة التي دفعها لأن صاحب المسرح هو الذي يتحمل التبعة وفقاً لقواعد المقاولة ، ولكن دون تعويض لأن القوة القاهرة هي التي منعت صاحب المسرح من القيام بالتزامه^(٥) .

(١) Falco من ٨١ - بودرى وقال ١ فقرة ٤١٣٣ - Peyronnet من ٩٥ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ من ٢٢٢ - ولا يرجع العميل على الشخص الذي يحتل مقعده لإخلاله المقعد ، إذ لا توجد رابطة قانونية بينهما ، بل يرجع على صاحب المسرح . وعلى هذا الأخير أن يحتل له المقعد وإلا رد له الأجرة مع التعويض ، إذ أن صاحب المسرح مخطئ في إعطاء مقعد العميل لشخص آخر ، أو في توزيع عدد من التذاكر أكثر من المقاعد التي عنده (بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٣ - هيك ١٠ فقرة ٢٧٤ - السنين ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٨٤ سيرييه ٨٥ - ٢ - ١٦٦) .

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ من ٢٢٢ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٦٣ - عكس ذلك بودرى وقال ٢ فقرة ١٤٣٣ (ويلديان إلى أنه لا يجبر العميل على قبول مقعد آخر غير مقعده الأصلي ، ولو كان مقعداً مماثلاً أو مقعداً أفضل ، وحتى لو كان ذلك في نظير خصم من الأجرة) .

(٣) قارن بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٠ من ١١٩٨ وحامش ٧ .

(٤) الله ١٣ يونيو سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ - ٢ - ٣٩١ - ٢٣ يناير سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠١ - ٢ - ٣٩١ - Falco من ٨٧ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٣ مكررة - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ من ٢٢٢ .

(٥) بلانيول في المحلة الانتخابية سنة ١٨٩٣ من ٢٠٣ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ من ٢٢١ - وانظر عكس ذلك وأن لصاحب المسرح في حالة القوة القاهرة أن يستبدل -

ويجب أن يقدم صاحب المسرح المسرحية كاملة دون أن ينقص منها شيئاً ، إلا ما جرى العرف بالتسامح فيه من حذف بعض المشاهد غير الجوهرية^(١) . ويجب أن يكون القاعون بتأدية الأدوار الرئيسية في المسرحية هم بالذات الذين أعلن عنهم صاحب المسرح ، فلا يجوز استبدال غيرهم بهم^(٢) ، كما لا يجوز التعديل في توزيع الأدوار بينهم بل يجب أن يقوم كل منهم بالدور الرئيسي الذي أعلن عنه ، فإن كل هذه الأمور مسائل جوهرية دخلت في اعتبار العميل عند التعاقد^(٣) .

(الالتزام الثاني) ضمان السلامة والمهلوء للعميل : ويضمن صاحب المسرح للعميل سلامته من أن يصاب بأذى من جراء وسائل التسلية التي يقدمها له ، أو بسبب وجوده في قاعة النظارة . فصاحب « السرك » يضمن سلامة النظارة من أن تصيبهم بأذى الحيوانات التي تقوم بالألعاب ، وفي مصارعة الثيران يضمن صاحب الملعب للنظارة سلامتهم من أن تصيبهم الثيران بأذى^(٤) ، وإذا انهار سقف على العميل أو أصيب بشظايا زجاج كان صاحب المسرح مسؤولاً عن ذلك . والمسئولية هنا مسئولية عقدية لا تنقضي إلا بإثبات السبب الأجنبي^(٥) .

= بالمسرحية غيرها دون أن يلزم برد الأجرة للعميل: Peyronnet ص ٨٦-بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٤ .

(١) باريس ٤ مارس سنة ١٨٨٢ دالوز ١٨٨٢ - ٢ - ٢٤٣ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٦ ص ١٢٠١ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢١ .

(٢) حتى لو كان الاستبدال لقوة القاهرة كعرض الممثل الأصل ، وفي هذه الحالة يرد صاحب المسرح الأجرة للعميل ولكنه لا يدفع تعويضاً (بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٦) .

(٣) السين ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ جازيت دي تريبيون ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٦ - Peyronnet ص ٨٤ - Falco - ١٣٤ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٦ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢١ - ٢٢٢ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٦٢ .

ولكن يجوز لصاحب المسرح أن يذكر في الإعلانات أو في تذاكر الدخول أن له الحق في تغيير الممثلين أو في تعديل توزيع الأدوار عليهم (بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٦ ص ١٢٠٢ وهانش ٣) .

(٤) ويكون صاحب المسرح مسؤولاً عن أى أذى يلحق للنظارة بفعل القائمين بالتسلية ، كما إذا أطلق أحد الممثلين عياراً نارياً فأصاب أحد النظارة ، حتى لو كانت الفرقة لا تعمل في المسرح بصفة دائمة بل كانت فرقة عابرة (troupe de passage) (مارسيليا ١٠ يونيو سنة ١٨٩١ مجموعة أحكام إكس ٩١ - ٢ - ٢١٩ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٥) .

(٥) فاني ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٥ - ٢ - ٢٥ مع تعليق لالو- ليون -

وكما يضمن صاحب المسرح سلامة العميل ، يضمن له كذلك الهدوء والطمانينة حتى يتمكن من مشاهدة ما يقدم له من وسائل التسلية دون لعب أوضواء تعكر عليه صفو المشاهدة . ويطبق صاحب المسرح لتحقيق ذلك لوائح البوليس ونظمه . ويستعين عند الضرورة برجال الشرطة لحفظ النظام وإخراج المشاهدين^(١) .

(الالتزام الثالث) المحافظة على ما يودعه العميل : ويقع كثيراً أن يكون للعميل من الخواص ما يحتاج إلى إيداعه ، كمطبخ منزله أو مظلة أو عصا يتركها في مخزن الأمانات . فهذه يتسلمها صاحب المسرح أو ممثله ويكون مسؤولاً عن المحافظة عليها مسئولية المودع عنده في الوديعة المأجورة ، فإنه يتقاضى عادة أجر أزهيداً عنها . وإذا كان النظام يقضى على العميل بإيداعها ، فإن الوديعة تكون وديعة اضطرارية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، وفي الحالات الأخرى تثبت الوديعة عادة بإبراز تذكرة تحمل رقماً (ticket) يتسلمها العميل عند الإيداع ، وذلك مهما بلغت قيمة الشيء المودع لأن العرف هنا يقضى بذلك^(٢) .

٣٠٠ - التزامات العميل : يلتزم العميل بدفع الأجرة ، ويدفعها عادة عند تسليم التذكرة . وليس له أن يستردها حتى لو منعه حادث قهري من

= ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٩ - ٢ - ١٧ مع تعليق جوسران - السين ٣ أكتوبر سنة ١٩٣٨ جازيت دي پاليه ١٩٣٩ - ١ - ٧٢ - بلاتويل وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٣ .

(١) بلاتويل وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢٣ - وفي جميع الأحوال التي يخل فيها صاحب المسرح بالتزاماته بحيث يترتب على هذا الإخلال أن يرد صاحب المسرح للعميل الأجرة مع التوضيح ، يسقط حق العميل بالتقادم العادي ، ولكن يتطلب أن يفسر سكوت العميل من المطالبة بحقه مدة تزيد على المألوف في مثل هذه الظروف بأنه نزول ضمنى من هذا الحق (قارن بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٧) .

(٢) باريس ٢٢ أبريل سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٣٢٣ - بلاتويل وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢٣ - وانظر في إيداع الشخص مظفه وعصاه ونحو ذلك في مخزن الأمانات وهو يدخل المسرح ما يلي عند الكلام في الوديعة الاضطرارية فقرة ٣٨٧ - فقرة ٣٨٨ .

مشاهدة المسرحية ، كأن مرض أو اضطر إلى السفر^(١) . ولكن له أن ينزل عن مقعده لمن يشاء كما قلنا ، بمقابل أو بغير مقابل ، وذلك ما لم يكن قد أعطى التذكرة مجاناً على سبيل الهدية فلا يجوز الزول عنها الغير وقد سبق بيان ذلك^(٢) ، ويلتزم العميل أيضاً بأن يحافظ على الهدوء والنظام وهو يشاهد المسرحية ، فلا يحدث ضوضاء أو جلبة تعكر الهدوء على النظارة . وإذا كان النظام يقضى بخلع غطاء الرأس - لاسيما بالنسبة إلى السيدات - وبأن يمنع التدخين ، وجب عليه أن يراعى ذلك . ويلتزم بوجه عام ألا يأتي عملاً يكون من شأنه أن يحول دون تمكن النظارة ، وبخاصة من يجاوره منهم ، من الاستمتاع بالمسرحية . فلا يجلس في مقعده في وضع يكون من شأنه أن يحرم من مشاهدة المسرح من يجلس خلفه من النظارة ، إلا إذا كان العيب لا يرجع إليه بل يرجع إلى الوضع الطبيعي للمكان . ولا يتحدث بصوت عالٍ في أثناء التمثيل ، فيشوش على جيرانه . وإذا قضى النظام بالألا بدخل قاعة التمثيل متأخراً أو يغادرها مبكراً حتى لا يعكر السكينة في أثناء التمثيل ، وجب عليه أن يراعى ذلك^(٣) .

وقد يمنع النظام النظارة في أثناء التمثيل من إبداء علامات الاستحسان بالتصفيق أو علامات الاستهجان بالتصفير ، فلا يجوز في هذه الحالة للعميل أن يأتي شيئاً من ذلك إلا عند نهاية التمثيل أو عند نهاية كل فصل من فصوله ، حيث لا يكون لتصفيقه أو لتصفيره أثر في تعكير الهدوء الواجب في أثناء تأدية الممثلين لأدوارهم . وإذا لم يوجد نظام يمنع من ذلك ، وجب عليه ألا يبالغ في تصفيقه أو في تصفيره حتى لا يشوش على النظارة^(٤) . والخبراء على مخالفة

(١) بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٠ ص ١١٩٨ - باريس محكمة الصالح ٢٦ أبريل سنة ١٩٠١ جازيت دي تريبيو ٥ مايو سنة ١٩٠١ - ولا يجوز للعميل أن يطلب حضور حفلة أخرى بدلاً من الحفلة التي تقيب عنها ، وإذا ادعى أن التذكرة أعطيت له خطأ من حفلة غير الحفلة التي طلبها فعليه إثبات ذلك (باريس محكمة الصالح ٢٦ أبريل سنة ١٩٠١ جازيت دي تريبيو ٥ مايو سنة ١٩٠١ وهو الحكم السابق الإشارة إليه - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٣٠ ص ١١٩٨ وهامش ٢) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩٨ .

(٣) التبين ١٩ أبريل سنة ١٩٠٠ ميرييه ١٩٠٠ - ٢ - ٢٨٥ - بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٣ ص ٢٢٤ - محمد كامل مرسي فقرة ٦٦٤ ص ٥٧٠ .

(٤) نقض فرنسي جنائي ١٦ ديسمبر سنة ١٨٨٧ ميرييه ٨٨ - ١ - ٢٨٨ - بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٣ ص ٢٢٤ - محمد كامل مرسي فقرة ٦٦٤ ص ٥٧٠ .

النظام في كل ما تقدم هو حق المسرح في طرد العميل الذي يخل بالترامه دون أن يرد له الأجرة ، وهذا ضرب من ضروب فسخ العقد بسبب خطأ أحد المتعاقدين مع احتجاز الأجرة على سبيل التعويض ، وإن كان أمر الفسخ متروكاً هنا للمتعاقد الآخر دون حاجة للانتجاء إلى القضاء ، لما يجب من السرعة في تنفيذ الفسخ وجرياً على العرف^(١).

المبحث الثالث

العقد مع رجل الأعمال^(*)

Contrat passé avec un agent d'affaires

٢٠١ - سرور مختلف للمتعاقد مع رجل الأعمال : قد يتعاقد شخص

مع رجل من رجال الأعمال على أن يؤدي له خدمة معينة في مقابل أجر معين ، فيكون العقد في هذه الحالة عقد مقاوله . وقد يتضمن عقد وكالة إذا دخل في الأعمال المتعاقد عليها أن يقوم رجل الأعمال بتصرف قانوني ينوب فيه عن المتعاقد معه ، فيكون العقد في هذه الحالة مزيجاً من مقاوله ووكالة^(٢).

(١) السنين ٣١ يولييه سنة ١٨٩٧ سريه ٩٨ - ٢ - ٨٥ - يودى وقال ٢ فقرة ٤١٢١ ص ١١٩٨ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٣ ص ٢٢٤ .
وقد يقضى النظام على النظارة أن يرتدوا ملابس السهرة في بعض الحفلات ، فيجب على العميل أن يرتدى هذه الملابس ، ويكون لصاحب المسرح الحق في منعه من الدخول دون أن يرد له الأجرة إذا هو لم يرتدعها (السين ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٢ دالوز ١٩٥٣ - ٣٥٣) - وإذا لم تشترط ملابس خاصة ، كان للعميل أن يرتدى ملابسه العادية ، ولا يجوز منعه من الدخول إلا إذا كان في حالة غير لائقة يتأذى منها جمهور النظارة (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٣ ص ٢٢٣) .

(٥) مراجع : قال في الوساطة في الزواج بحث في مجلة القانوند أثلث الفصلية سنة ١٩٠٤ ص ٤٧١ وما بعدها - تطبيقه في سريه ١٩٠٥ - ١ - ٢٨١ - وفي سريه ١٩٠٥ - ٤ - ٥ - Saumien بحث في مسئولية وكالات الاستعلامات التجارية في حولية القانون التجاري ١٣ سنة ١٨٩٩ - جيوراني عقد الوكالة فقرة ١٦٦ وفي عقد البيع ١ فقرة ١٣٩ - يودى وبارد ١ فقرة ٣١١ - فقرة ٣١٢ - يودى وقال ٢ فقرة ٤١٣٩ - فقرة ٤١٧٤ .
(٢) فلذا عهد شخص لرجل أعمال بإيجاد مشتر لمقاره ويقعد الصفقة معه كوكيل من البائع ، كان العقد مزيجاً من المقاوله (المسرة) والوكالة (السين ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٣ Droit ١٨٩٣ ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٣ - يودى وقال ٢ فقرة ٤١٤٣ ص ١٢٠٥ وهاش ٢) .

و صور التعاقد مع رجل الأعمال مختلفة متنوعة . فقد يتعاقد شخص مع مكتب تخطيط (bureau de placement) ليقدّم له من يحتاج إليهم من الخدم ، في مقابل أجر يتقاضاه المكتب^(١) . وقد يتعاقد شخص مع رجل أعمال على أن يحصل الديون التي له في ذمة طائفة معينة من مدينه ، في مقابل أجر يتقاضاه رجل الأعمال^(٢) . وقد يتعاقد شخص مع وكالة استعلامات (agence de renseignements) لتقديم معلومات عن ملاءة تاجر معين أو عن سمعته التجارية في السوق أو عن سمعة شخص يريد الدخول معه في شركة أو نحو ذلك من المعلومات ، في مقابل أجر يتقاضاه وكالة الاستعلامات^(٣) . وقد يتعاقد شخص مع رجل أعمال يتعهد بأن يقوم بالإجراءات اللازمة لإثبات حقوق الأول في تركة والاستيلاء على هذه الحقوق وتسليمها لصاحبها ، في مقابل مبلغ معين من المال أو في مقابل حصة من نصيب الوارث^(٤) . وقد يتعاقد شخص مع آخر على أن يكون وسيطاً له في اختيار زوجة صالحة - وهذا ما يسمى بعقد الوساطة في الزواج (courtage matrimonial) - وذلك في نظير أجر معين^(٥) . وقد يتعاقد صاحب المسرح مع رجل أعمال على أن يقدم له أشخاصاً يشهدون

- (١) ويكون العقد مقاول (باريس ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٤ جازيت دي پاليه ٩٥ - ١ - ١٦٤ - السين ٢٨ يونيو سنة ١٨٩٥ جازيت دي پاليه ٩٥ - ٢ - ١٨٢) .
- (٢) ويكون العقد مقاول إذا اقتصر رجل الأعمال على العمل المادي ، وهو تحصيل الديون وإعطاء غائصة موقفة من الدائن . أما إذا جاوز ذلك إلى قبض الديون نيابة عن الدائن وإعطاء غائصة بها موقفة بإمضائه بوصفه وكيلًا ، كان العقد وكالة (أروليان ٢٥ فبراير سنة ١٨٩١ Loi ٦ مارس سنة ١٨٩١ - دوييه ٢٠ أبريل سنة ١٨٩١ Driot ٨ سبتمبر سنة ١٨٩١ - السين ٤ يناير سنة ١٨٩٣ جازيت دي پاليه ٩٣ - ١ - ٢٩٢) .
- (٣) ويكون العقد مقاول (بودري وقال ٢ فقرة ٤١٣٩ ص ١٢٠٤ - حكس ذلك السين ٣ نوفمبر سنة ١٨٩١ دالوز ٩٣ - ٢ - ٩٩) .
- (٤) ويكون العقد مقاول (بودري وقال ٢ فقرة ٤١٤١) . وقد قضى بأن العقد هنا عقد من نوع خاص (sui generis) ، وليس بعقد مقاول (باريس ١٢ مارس سنة ١٨٩٤ - سيريه ٩٤ - ٢ - ١٩٢) . وذهب بعض إلى أن العقد وكالة (بودري ١٨ يوليو سنة ١٨٩٨ - سيريه ٩٩ - ٢ - ٢٣٥ - جيزار في الوكالة فقرة ١٦٦) .
- (٥) ويكون العقد مقاول (بودري وقال ١ فقرة ٤١٣٩ ص ١٢٠٤ - حكس ذلك السين ٣ مارس سنة ١٨٩١ جازيت دي پاليه ٩١ - ٢ - ٥٢٧) .

تمثيل مسرحية وبشجعون القائمين بالتثليل بهاتفت الاستحسان من وقت لآخر
(entreprise de succès dramatique) : في مقابل أجر معين^(١)
والسمرة (courtage) بمختلف أنواعها - السمرة في شراء العقارات
وبيعها وفي إيجارها واستئجارها وفي عقد الصفقات المختلفة والقروض
والرهنيات وما إلى ذلك - ليست إلا عقد مقاوله مع رجل من رجال الأعمال
هو السمسار ، تخصصت بكيان ذاتي فأصبحت عقداً مسمى ويدعى بعقد
السمرة ، وهي من مباحث القانون التجاري فلا شأن لنا بها هنا .

٢٠٢ - متى يكون التعاقد مع رجل الأعمال صحيحاً : ويكون التعاقد
مع رجل الأعمال صحيحاً إذا استوفى شروط الصحة وفقاً للقواعد العامة ، وأهم
هذه الشروط أن يكون عمل التعاقد مشروعاً ، فلا يكون مخالفاً للنظام العام
أولاًدأب .

وهناك عقود لا شك في بطلانها لمخالفة محلها للنظام العام أولاًدأب . مثل
ذلك التعاقد مع شخص لاستغلال نفوذه في الدوائر الحكومية للحصول على
صفة أو ترخيص أو وظيفة أو نحو ذلك ، فهذا تعاقد باطل لمخالفته للنظام
العام^(٢) . ومثل ذلك أيضاً أن يتعاقد شخص مع صحفي على أن يقود حملة
صحفية لترشيحه لوظيفة معينة ، أو على أن يروج لشركة حتى تباع أسهمها ،
وذلك في مقابل أجر معين ، فيكون التعاقد باطلاً لمخالفته للنظام العام^(٣) .
ومثل ذلك أن يتعاقد شخص مع آخر ليحصل له على رخصة لإدارة منزل
للدعارة أو لإدارة ناد للقفار ، فيكون التعاقد باطلاً لمخالفته للآداب .

وهناك عقود لا شك في صحتها ، كالتعاقد مع مكتب الترخيم ، والتعاقد
على تحصيل الديون ، والتعاقد مع وكالة استعلامات للحصول على معلومات

(١) ويكون العقد مقاوله (باريس ٥ أبريل سنة ١٩٠٠ - سيريه ١٩٠٠ - ٢ - ١٤٤ -
بودري وقال ٢ ققرة ٤١٩٧) .

(٢) نقض فرنسي ٥ فبراير سنة ١٩٠٢ - سيريه ١٩٠٢ - ١ - ٥٠٩ - السين ٢٦ يولي
سنة ١٨٩٤ - جازيت دي پاليه ٩٤ - ٢ - ٢٨٥ - بودري وقال ٢ ققرة ٤١٤٧ - بققرة
٤١٩٧ مكررة .

(٣) Rodez ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ - جازيت دي پاليه ٩٥ - ١ - ٦٣ - السين ١٢ يولي
سنة ١٨٩٥ - جازيت دي پاليه ٩٥ - ٢ - ٤١ .

معينة ، والتعاقد مع مسمار لشراء عقار لبيمه ، ونحو ذلك أو من المقود التي لا تقوم شبهة في مشروعيتها .

وهناك عقود قد يقوم الشك في صحتها ، ونسوق في هذا الصدد أمثلة ثلاثة : (١) عقد الهتافه . (٢) وعقد إثبات حقوق الميراث . (٣) وعقد الوساطة في الزواج .

١ - عقد الهتافه (contrat de claque) : كان القضاء الفرنسي يذهب إلى أن العقد الذي يتم بين صاحب المسرح وكبير الهتافه ، ويقضى بأن يخصص صاحب المسرح مقاعد للهتافه (claque) بشهدون التمثيل ويصفقون للممثلين ترويجاً للمسرحية وعملاً على إنجاحها في مقابل أجر معين ، عقد باطل لمخالفته للأداب ، إذ هو من شأنه أن يدخل الخديعة والغش على جمهور النظارة حتى يروا حسناً ما ليس بالحسن^(١) . ولكن الظاهر أن هذا الرأي قد عدل عنه إلى الرأي العكسي ، وأصبح عقد الهتافه يعتبر صحيحاً لأن الهتافه - كما ذكرنا في الجزء الأول من الوسيط^(٢) - قد يؤدون خدمة للفن بتشجيعهم للممثلين وأصحاب الفن المبتدئين ، ولأن هذا التشجيع إذا صادف أهلاً كان في عمله ، وهو على كل حال لن يندفع النظارة وقتاً طويلاً ، وإذا شجع الفنان المبتدئ وكان ذا مواهب جديده أفاده التشجيع كثيراً وساعده إلى حد بعيد على إظهار مواهبه^(٣) .

٢ - عقد إثبات حقوق الميراث (contrat d'établissement des droits héréditaires) :

ونميز هنا بين صورتين لهذا العقد . (الصورة الأولى) أن يكون الوارث عالملاً بحقه في الميراث ، ولكن يشق عليه أن يصل إليه بمجده وحده أوليس عنده من المال ما يجب إنفاقه لإثبات حقه أمام القضاء . فيلجأ إلى رجل أعمال يتعهد بأن يقوم بالجهد الضروري وبأن ينفق المال اللازم لإثبات حق الوارث

(١) باريس ٢٣ يولييه سنة ١٨٥٣ دالوز ٥٣ - ٥ - ٤٥٠ - ٨ أغسطس سنة ١٨٥٣ سبريه ٥٣ - ٢ - ٤٩٩ - ليون ٢٥ مارس سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٣ - ٢ - ٩٨ - السين ٢٧ يولييه سنة ١٨٩٦ سبريه ٩٦ - ٢ - ٢٨٦ .
(٢) الوسيط ١ ققرة ٢٤١ ص ٤١٣ .
(٣) باريس ٥ أبريل سنة ١٩٠٠ سبريه ١٩٠٠ - ٢ - ٤١٤ - بودي وقال ٢ ققرة ٤١٤ - الوسيط ١ ققرة ٢٤١ .

حتى يتمكن هذا من الاستيلاء عليه ، وذلك في مقابل مبلغ من المال يعطيه إياه الوارث بعد أن يصل إليه حقه ، أو في مقابل حصة معينة في حق الميراث ينزل عنها الوارث له . ولاشك في صحة العقد في هذه الصورة ، فهو عقد مقاوله محله مشروع ^(١) . (والصورة الثانية) أن يكون الوارث غير عالم بحقه في الميراث ، فيتفق معه أحد النسابة (généalogistes) على أن يكشف له عن نسبه ليحصل على ميراث يستحقه وهو يجهله في مقابل أجر معين ، سواء كان مبلغاً معيناً أو حصة في هذا الميراث ، وهذا ما يسمى بالكشف عن الإرث (révélation de succession) . وهنا يجب التمييز بين فرضين : فإما أن يكون استحقاق الوارث للميراث سرّاً حقيقياً لم يكن الوارث ليستطيع كشفه إلا عن طريق هذا النسابة ، فيكون الاتفاق صحيحاً لأنه يقوم على كشف سر حقيقى يعود بالنفع المطلق على الوارث وهو يدفع مقابلاً لذلك ^(٢) . وإما أن يكون استحقاق الوارث للميراث ليس بهذا القدر من الخفاء ، وأن الوارث كان يستطيع أن يعلم باستحقاقه للميراث عن طريق آخر ، فلا يكون في الأمر سر لا يستطيع كشفه إلا النسابة ، ويكون عمل التعاقد - وهو الكشف عن سر كان الوارث لا يستطيع أن يعلمه من طريق آخر - محلاً غير موجود ، ومن ثم يكون العقد باطلاً لانعدام المحل ^(٣) .

(١) نقض فرنسي ٧ مايو سنة ١٨٦٦ سيريه ٦٦ - ١ - ٢٧٢ - باريس ١٢ مارس سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٤ - ٢ - ١٩٣ - بوردو ١٨ يولييه سنة ١٨٩٨ سيريه ٩٩ - ٢ - ٢٣٥ - السين ٢١ مارس سنة ١٩٠٥ ألكوز ١٩٠٦ - ٥ - ٥ - نقض بلجيكي ١٢ يولييه سنة ١٨٩٤ جالوز ٩٦ - ٢ - ٤ - ديمولوب ٢٤ فقرة ٣٣٥ - جيوار في البيع ١ فقرة ١٣٩ - لوران ١٦ فقرة ١١٩ - بودوي وبارد ١ فقرة ٣١٢ - بودوي وفال ٢ فقرة ٤١٤٥ - ولكن يلاحظ أن الوارث إذا أبرم هذا العقد مع محام وجعل الأجر حصة في حق الميراث المتنازع عليه ، كان العقد باطلاً ، إذ تنص المادة ٤٧٢ مدني على أنه «لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسأئهم أم باسم مستعار ، وإلا كان العقد باطلاً» .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٢٤١ ص ٤١٣ - ولا يكون هذا المقابل قابلاً لتخفيض ، إذ للعقد ليس بوكالة بل هو مقاوله . ومع ذلك انظر استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٦٥ (وقد قضت المحكمة بأن الأجر الذي يشترطه شخص على آخر في مقابل الكشف له عن وصية يكون غاصماً لتقدير القاضي) .

(٣) باريس ١٢ مارس سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٤ - ٢ - ١٩٣ - بوردو ١٨ يولييه -

٣ - عقد الوساطة في الزواج (courtage matrimonial) : تجزئ هنا بما سبق أن ذكرناه في هذا الصدد في الجزء الأول من الوسيط : « عقد الوساطة في الزواج هو أيضاً عقد سببه غير مشروع على رأى . . فإذا التزم شخص أن يدفع أجراً لوسيط يبحث له عن زوج يرضاه ، فإن كثيراً من الفقهاء^(١) يقولون إن العقد غير مشروع لأنه يجعل الزواج ضرباً من التجارة . إلا أن محكمة النقض الفرنسية ميزت بين فرضين . فإذا اشترط الوسيط الأجر تم الزواج أو لم يتم ، كان هذا أجراً على العمل لا جائزة على النجاح ، فيكون العقد مشروعاً . أما إذا اشترط الأجر على ألا يأخذه إلا إذا تم الزواج ، فهذا هو الاتفاق الباطل ، لأن الوسيط في هذه الحالة قد يحمل على ركوب طرق من الغش والخديعة حتى يتم زواجاً قد لا يكون في مصلحة الزوجين أن يتم ، ولا مصلحة فيه إلا للوسيط يحصل على أجره الموعود^(٢) . والقضاء في مصر غير مستقر ، فقد قضت إحدى المحاكم الوطنية^(٣) ببطالان العقد ، لا سيما في بلد كحصر حيث يسهل على « الخاطبة » أن تخدع الزوج في أمر زوجته بسبب انزعال المرأة عن الرجل^(٤) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة^(٥) بصحة

= سنة ١٨٩٨ سريه ٩٩ - ٢ - ٢٣٥ - السين ٢١ مارس سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٦ - ٥ - هـ - بيوار في الوكالة فقرة ١٦٦ - بودرى وبارد ١ فقرة ٣١٢ - بودرى وقال فقرة ١٤٥٥ ص ١٢٠٦ - والوارث هو الذي يقع عليه عبء إثبات أنه كان يستطيع أن يعلم باستحقاقه في الميراث عن طريق آخر (بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٤٥ ص ١٢٠٦) .

(١) ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٣٥ - لوران ١٦ فقرة ١٥١ - لإردميرم ١١٣٣ فقرة ١١ - بفنوار ص ٥٤١ - عكس ذلك وأن العقد صحيح وسببه مشروع : بودرى وبارد ١ فقرة ٣١١ - بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٤٩ - قاله في الوساطة في الزواج في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٠٤ ص ٤٧١ وما بعدها .

(٢) نقض فرنسي أول مايو سنة ١٨٥٥ دالوز ٥٥ - ١ - ١٤٧ - ومع ذلك انظر نقض فرنسي ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٤٢٠ - وانظر بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٤٩ ص ١٢٠٨ هامش ٢ .

(٣) عابدين ١٧ مارس سنة ١٩١٥ المحموعة الرسمية ١٦ رقم ٥٦ - وانظر أيضاً محكمة مصر المختلطة ٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١١ رقم ٩٩ .

(٤) ويؤيد هذا الرأي والتون جزء أول ص ٢٨٥ - ص ٢٨٨ - محمد صالح فه الالتزامات ص ٢٥٤ .

(٥) استئناف مخطوط ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٨٣ - وانظر أيضاً محكمة مصر المختلطة ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ١٦١ ص ٩٠ .

العقد إذ أن الغرض الذي يرى إليه مشروع ، فهو ييسر أمر الزواج ، وإذا وقع غش من الوسيط أمكن الرجوع عليه بالطرق القانونية . ونحن نؤثر الأخذ برأى محكمة النقض الفرنسية ، فيكون العقد صحيحاً إذا أخذ الوسيط أجراً على عمله تم الزواج أو لم يتم ، ويكون باطلاً إذا لم يأخذ الأجر إلا إذا تم الزواج^(١) . ويمكن القول ، في عبارة أخرى ، بأنه إذا كان التزام الوسيط في الزواج التزاماً بتحقيق غاية ، كان العقد باطلاً . أما إذا كان التزامه التزاماً ببذل عناية — أى ببذل العناية الممكنة للثور على زوج صالح نجح أو لم ينجح — فإن العقد يكون صحيحاً^(٢) .

٢٠٣ — التزامات رجل الأعمال : فإن تم التعاقد مع رب الأعمال صحيحاً على النحو الذي بسطناه ، ترتب على العقد التزامات في ذمة رجل الأعمال ، وأخرى في ذمة العميل .

ويلتزم رجل الأعمال بأن ينجز العمل المجهود به إليه ، وتسرى في ذلك القواعد المقررة في عقد المقاولة . فإذا ارتكب خطأ كان مسئولاً عنه مسئولية عقدية . مثل ذلك أن يعطى مدير مكتب الترخيم معلومات خاطئة عن الخادم الذي يقدمه ، أو عن السيد الذي يقدم له الخادم ، فيكون مسئولاً إذا نجم ضرر عن هذه المعلومات الخاطئة^(٣) . ولكن رجل الأعمال الذي توسط في إبرام عقد لا يكون مسئولاً عما يحدث بعد إبرام هذا العقد . فإذا توسط في إيجاد عمل لشخص وتم عقد العمل فإنه لا يكون مسئولاً بعد ذلك عن عدم وفاء رب العمل بالتزاماته^(٤) ، أو قدم للموثر مستأجراً وتم عقد الإيجار فإنه لا يكون مسئولاً بعد ذلك عن عدم وفاء المستأجر بالأجرة^(٥) ، ولا عن أن

(١) الوسيط ١ فقرة ٢٧٠ ص ٤٤٤ — ص ٤٤٥ .

(٢) . ويرتب على ذلك أنه إذا لم يبذل الوسيط العناية الواجبة ، أى لم يتم بالتزامه ، فإنه لا يستحق أجراً لأنه لم ينفذ العقد (نقض فرنسي ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ — ١ — ٤٢٠ — سيريه ١٩٠٥ — ١ — ٢٨١ مع تعليق قال — بودوى وثالث ٢ فقرة ٤١٤٩ مكررة) .
(٣) باريس ١٧ يولييه سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٦ — ٢ — ١٠٤ — السين ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ — ٢ — ٣٠١ .

(٤) ليون ١٣ يولييه سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٥ — ٢ — ٢٩٢ .

(٥) بورجو الابتدائية ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٤ مجموعة أحكام بورجو ٩٥ — ٢ — ٢٤٠ .

العين المؤجرة كانت مشغولة من قبل بشخص مريض مرضاً معدياً إذا كان يجهل ذلك^(١).

ويعتبر خطأ موجباً للمسئولية أن تعطى وكالة استعلامات لشخص تعاقد معها معلومات خاطئة عن ملاءة شخص معين أو عن سمعته. فإذا كانت المعلومات الخاطئة نتيجة خطأ من نفس الذي تعاقد مع وكالة الاستعلامات، كأن أعطى للوكالة اسماً غير صحيح للاستعلام عنه، فإن وكالة الاستعلامات لا تكون في هذه الحالة مسئولة^(٢). كذلك لا تكون الوكالة مسئولة إذا لم ينجم عن المعلومات الخاطئة ضرر للعميل^(٣)، أو إذا اشترطت الوكالة عدم مسئوليتها بشرط ألا تكون قد ارتكبت غشاً أو خطأ جسيماً، وذلك وفقاً للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن^(٤). وترجع الوكالة، إذا تمسكت مسئوليتها عن المعلومات الخاطئة، على من أعطاهها هذه المعلومات عن سوء نية^(٥). وإذا أفشى العميل هذه المعلومات الخاطئة، مخالفاً بذلك التزامه بالمحافظة على سرية المعلومات، كان مسئولاً نحو من أعطيت عنه المعلومات الخاطئة، ونحو الوكالة التي أعطت له المعلومات إذا قضى عليها بالتعويض بسبب انتهاكه لحرمة السرية^(٦). أما إفشاء العميل للمعلومات، إذا كانت صحيحة، فلا تترتب عليه أية مسئولية^(٧).

-
- (١) بورديو الابتدائية ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٤ مجموعة أحكام بورديو ٩٥ - ٢ - ٧٤ وهو الحكم السابق الإشارة إليه - وانظر بورديو وقال ٢ بقرة ٤١٦٥.
- (٢) السين ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩١ دالوز ٩٣ - ٢ - ٩٩ - ٤ ديسمبر سنة ١٨٩٦ Loi ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٦.
- (٣) السين أول يولييه سنة ١٨٩٣ جازيت دي تريينو ٢٩ أغسطس سنة ١٨٩٣ - جازيس ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٧ سيرييه ٩٩ - ٢ - ١١٥.
- (٤) بورديو وقال ٢ بقرة ٤١٦٢ - وإذا أعطى شخص لآخر معلومات خاطئة، ولم يتفان من ذلك أجرة بل كان متبرعاً، فإنه لا يكون مسئولاً إلا من فشه أو من خطاه الجسم، وفقاً للقواعد المقررة في مقود التبزع (باريس ٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ جازيت دي پاليه ٨٩ - ٢ - ٣٣٢ - مونيليه ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٩ جازيت دي پاليه ٩٠ - ١ - ٣٩٠ - بورديو وقال ٢ بقرة ٤١٦٦).
- (٥) بورديو الابتدائية ١٧ مارس سنة ١٨٩١ سيرييه ٩٢ - ٢ - ٢٦٠ - بورديو وقال ٢ بقرة ٤١٦٥.
- (٦) باريس ٢١ يولييه سنة ١٨٩٢ سيرييه ٩٤ - ٢ - ١٦٢ - بورديو وقال ٢ بقرة ٤١٦٣ - عكس ذلك باريس ٢٧ يولييه ١٨٩٧ Loi ١٧ مايو سنة ١٨٩٨.
- (٧) السين ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ Drott ١٨ يناير سنة ١٨٩٦ - بورديو وقال ٢ بقرة ٤١٣٦.

٢٠٤ — **التزامات العميل**: والعميل الذي تعاقد مع رجل الأعمال يلتزم بدفع الأجر المتفق عليه . فإذا لم يتفق على أجر ، وجب مع ذلك على العميل أن يدفع لرجل الأعمال أجراً ، إذ الأصل أن هذا الأخير يعمل بأجر كسائر رجال الأعمال . ويرجع في هذه الحالة ، في تحديد الأجر ، إلى قيمة العمل وتقعات رجل الأعمال (٢٥٩م مدني) . ويراعى العرف أيضاً ، كما هو الأمر في أجر السمسار . ولكن يشترط أن يكون هناك عقد بين العميل ورجل الأعمال ، أما إذا تطوع رجل الأعمال تقديم خدمة للعميل دون أن يكون بينهما عقد فإنه لا يرجع عليه إلا بموجب قواعد الإثراء بلا سبب . ويترتب على ذلك أنه إذا اتفق شخص مع المالك على أن يبحث له عن مستأجر ، فعر الشخص على مستأجر دون أن يتفق معه على أجر ، فإنه لا يستحق أجراً إلا من المالك^(١) . ويكون الأجر مستحقاً لنجح رجل الأعمال في سعيه أو لم ينجح ، إذا كان للزامة التزاماً يبذل عناية ، بشرط أن يبذل العناية الواجبة . أما إذا كان التزامه التزاماً بتحقيق غاية ، فإنه لا يستحق الأجر إلا إذا نجح في سعيه^(٢) . وإذا عين الاتفاق أجراً لرجل الأعمال ، لم يجوز تخفيضه ، لأن العقد مقاول وليس وكالة ، والتخفيض لا يرد إلا على أجر الوكيل^(٣) . ولرجل الأعمال أن يحبس ما يقع تحت يده من مال للعميل بسبب العقد وذلك حتى يستوفي أجره ، وفقاً للقواعد المقررة في حق الحبس .

المبحث الرابع

عقد الإعلان^(*)

(contrat de publicité)

٢٠٥ — **الصورة المألوفة للإعلان** — كيف يتم التعاقد على الإعلان : إذا أراد التاجر الإعلان عن سلته ، أو الصانع عن مصنوعاته ، أو المنتج

-
- (١) مارسييا الابتدائية ١٨ أكتوبر سنة ١٨٨٩ مجموعة أحكام مارسييا ٩٠ - ١ - ٣٢ - بودري وقال ٢ فقرة ٤١٥٥ .
 (٢) قازون بودري وقال ٢ فقرة ٤١٥٣ .
 (٣) بودري وقال ٢ فقرة ٤١٥٦ .
 (٥) مراجع : Duplat المبرنة وحياتها القانونية بروكل سنة ١٩٠٩ - Hémet في الإعلان التجاري والصناعي باريس سنة ١٩٥٠ .

لشيء مادي أو أدبي أو فني عن إنتاجه ، أو من يريد عقد صفقة عن الصفقة التي يريد عرضها على الجمهور ، فإنه يضع العبارات التي يختارها للإعلان ، ويتعاقد مع ناشر على نشر هذه العبارات على الجمهور حتى يصل إلى علم الناس الإعلان الذي يريده . وطبقاً لنشر الإعلان مختلفة متنوعة . وأكثر هذه الطرق شيوعاً هي الإعلان عن طريق المطبوعات ، والإعلان عن طريق اللصق على الحيطان أو التعليق على قوائم تثبت في الأرض أو فوق الأسطح ، والإعلان عن طريق وسائل الإذاعة كالتلفزيون والراديو والتليفزيون^(١) .

فالإعلان عن طريق المطبوعات يتم بنشر الإعلان في مطبوعات دورية كالجرائد والمجلات ، أو في مطبوعات غير دورية كالكتب والنشرات ، وقد تكون النشرة مخصصة كلها للإعلان وحده . ويكون عقد الإعلان في هذه الحالة عقد مقالة ، المقال هو ناشر الإعلان - صاحب الجريدة أو المجلة أو الكتاب أو المطبعة - ويتعهد بطبع الإعلان في مطبوعاته ويتوزعه على الجمهور مع توزيع هذه المطبوعات ، ورب العمل هو صاحب الإعلان يتعهد بدفع الأجر لناشر الإعلان^(٢) .

والإعلان عن طريق اللصق أو التعليق يتم بلصق الإعلان على حائط مطبوعاً طبعاً عادياً أو بحروف مضيئة ، أو معلقاً على قوائم مثبتة في الأرض أو فوق أسطح المباني العالية حيث يكون الإعلان عادة بحروف مضيئة

= رسائل : Feltaine في الإعلان التجاري كان سنة ١٩٠٣ - Demortain في عقود الإعلان باريس سنة ١٩٢٥ - Paybusque في عقود الإعلان باريس سنة ١٩٢٥ - Bourdais في الصحافة الحديثة والإعلان باريس سنة ١٩٣٩ - Worms في النظام القانوني للإعلان التجاري (رسالة على الآلة الكاتبة) باريس سنة ١٩٤٣ .

وانظر «تقنين قواعد المرفق في الإعلان» (Code des usages de la publicité) : وضعه رجال الأعمال وعُرفوهمة الإعلان في فرنسا ، وصدر في سنة ١٩٢٢ .

(١) ويكون الإعلان أيضاً بطريق النداء على السلعة في الطرق العامة ، وبطريق مخاطبة الجماهير في صورة توجه الأنظار إلى الأمر الملحق به ، كحفلة تمثيلية أو مزاد في بعض المتاجر .
(٢) بلايول وريبير ورواست ١١ مقالة ٩٧ ص ٢٢٥ - ٢٢٦ ص Worms - ٤٠ ص وذهب رأى إلى أن العقد إيجار ويقع على المكان الذي نشر فيه الإعلان (Dreyfus) حوليات الإعلان سنة ١٨٩٥ ص ١١٣ . ولكن هذا الرأي لا يحد بأن ناشر الإعلان يتعهد ، لا فحسب بتخصيص مكان للإعلان ، بل أيضاً بالقيام بأعمال نشر الإعلان من طبع وتوزيع وما إلى ذلك .

حتى يتمكن الجمهور من قراءته . وإذا اقتصر صاحب العقار الذي يلمصق فيه الإعلان أو يعلق على أن يخصص للإعلان مكاناً في الأرض أو في الحائط أو فوق السطح ، على أن يقوم صاحب الإعلان بالأعمال اللازمة للمصق لإعلانه أو تعليقه مع تعهده بالصيانة ، فالعقد الذي يتم بين صاحب العقار وصاحب الإعلان يكون عقد إيجار للمكان الذي يلمصق فيه الإعلان أو يعلق ، لأن صاحب العقار لا يلتزم إلا بتمكين صاحب الإعلان من الانتفاع بمكان معين لأغراض الإعلان ، وتسرى على العقد قواعد الإيجار^(١) . أما إذا تعهد صاحب العقار بالأعمال اللازمة للمصق للإعلان أو تعليقه ويتعهد الإعلان بالصيانة ، فقد التزم بالقيام بعمل في نظير أجر معين ، ويكون العقد في هذه الحالة مقاوله^(٢) .

والإعلان عن طريق وسائل الإذاعة يكون في كثير من الأحيان عن طريق السينما ، فيظهر الإعلان على الشاشة أو في صورة مشهد سينمائي ، وقد يكون مكتوباً على ستار مسرح السينما فيكون بمثابة الإعلان الملمصق بالحائط أو الملصق على قائمة . وقد يكون بطريق الراديو بالسماع الصوتي ، أو بطريق التلفزيون بالسماع الصوتي والمشاهدة البصرية . ويكون عقد الإعلان في جميع هذه الفروض عقد مقاوله ، والمقاول هو صاحب دار السينما ، أو إدارة الراديو أو التلفزيون ، ويتعهد بنشر الإعلان في مقابل أجر معين يدفعه رب العمل وهو صاحب الإعلان .

و يتم التعاقد على الإعلان بين صاحب الإعلان وناشره ، وناشر الإعلان هو المقاول وقد سبق تحديده في كل طريقة من طرق نشر الإعلان . ولا يوجد شكل خاص للعقد ، فهو عقد رضائي يتم بتوافق الإيجاب والقبول^(٣) ،

(١) نقض فرنسي ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ٢١٣ - ٦ فبراير سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ١٦١ - ٣ مارس سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ - ٢٥٧ - ١١ مايو سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٤٩ - ٣٤٦ - بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٤ ص ٢٢٥ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٧ ص ٥٥٨ .

(٢) نقض فرنسي ٢٦ مارس سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعي ١٩٢٤ - ٣٥٣ - بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٤ ص ٢٢٥ - وقارن محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٦ ص ٥٥٩ .

(٣) ومحل التعاقد هو تحقيق عمل إعلان (acte de publicité) Demortain ص ٢١ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٥ ص ٥٥٥ - فإذا لم تكن نية المتعاقدين تحقيق عمل إعلان، وإنما =

ويثبت طبقاً للقواعد العامة المقررة في الإثبات^(١) :

وقد يتعاقد صاحب الإعلان عن طريق وسيط بينه وبين الجريدة التي يتم فيها الإعلان : والوسيط قد يكون شخصاً تعاقد مع صاحب الجريدة في مقابل أجر معين على تخصيص مكان معين من جريدته للإعلانات التي يحصل عليها هذا الوسيط (termier de la publicité) ، وفي هذه الحالة لا يعتبر الوسيط مستأجراً لهذا المكان من الجريدة كما ذهب بعض الفقهاء^(٢) ، بل هو ناشر وصاحب الجريدة ناشر من الباطن ، فهناك عقدان عقد مقالة مع صاحب الإعلان وعقد مقالة من الباطن مع صاحب الجريدة^(٣) . وقد يكون الوسيط شخصاً مهمته أن يبحث عن إعلانات يقدمها لصاحب الجريدة (procureur de la publicité) ، ويغلب أن يكون الوسيط في هذه الحالة وكيلًا بالمعولة عن صاحب الإعلان^(٤) . وقد يكون الوسيط وكيل إعلانات (agent de publicité) يتفق مع صاحب الإعلان على تنظيم حملة قوية من النشر حتى يصل الإعلان إلى علم الجمهور من الناس ، وفي هذه الحالة

= التجهيز له وتحضير وسائله ، فليس للمقدّم عقد إعلان . مثل ذلك أن يتعاقد شخص مع صاحب مطبعة على طبع النشرات التي يمدّها للإعلان دون أن يكلفه بتوزيعها ، فهذا عقد مقالة على الطباعة ، فإذا عهد إلى شخص بتوزيع النشرات فهذا عقد إعلان (محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٥ ص ٥٥٦) .

(١) ويقع عادة أن يكون الجريدة أو المجلة نظام خاص للإعلان يبين الشروط والأجرة ، ويصدر هذا دعوة إلى التعاقد لا إيجاباً باتماً مبروراً على الجمهور . ومن ثم يصدر الإيجاب في هذه الحالة من صاحب الإعلان ، ويصدر القبول من صاحب الجريدة أو المجلة . ويرتب على ذلك أنه يجوز لصاحب الجريدة أو المجلة أن يرفض قبول الإعلان ، ليس فحسب لأنه لم يعد هناك مكان خال لنشر الإعلان أو لأن نشره يعرضه للمسئولية الجنائية أو المدنية أو الحق في الرد ، بل أيضاً لأن الإعلان لا يتفق مع اللون الذي اختاره لدوريته أو للآراء التي يعتنقها قراء هذه الدورية (السبين ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ٣ - ١١٢ - ألمان ٢٠ يوليو سنة ١٩٢١ loi أول فبراير سنة ١٩٢٢ - ثم ١٢ مايو سنة ١٩٢٢ دالوز الأسبوي ١٩٣٢ - ٤٠٤ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٥ - محمد كامل مرسى فقرة ٦٦٠) .

(٢) بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٩٢ - Duplat - ص ٨١ .

(٣) Demortain ص ٢٠٥ - Worms ص ٤١ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة

٩٧٨ ص ٢٢٩ .

(٤) Demortain ص ٢٢٣ وص ٢٢٧ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٨

ص ٢٣٠ .

يكون العقد بينه وبين صاحب الإعلان عقد مقاوله^(١).

٢٠٦ - التزامات ناشر الإعلان - إذا تم الإعلان بطريق الصق والتعليق ، وكان العقد إجباراً للمكان كما قلنا^(٢) ، تكون التزامات صاحب المكان هي التزامات المؤجر . أما إذا كان الإعلان عن طريق المطبوعات ، فإن ناشر الإعلان لا يلتزم فحسب بأن يقوم بطبع الإعلان ، بل يلتزم كذلك بأن يوفر له الأسباب التي توجه إليه نظر الجمهور طبقاً للشروط المتفق عليها بينه وبين صاحب الإعلان . فيجب أن ينشر الإعلان في المكان المتفق عليه من الجريدة ، فإذا لم يكن هناك اتفاق في المكان المخصص عادة لمثل هذا الإعلان ، وبوجه عام في مكان ظاهر لا يخفى على من يبحث عادة عن الإعلانات الماثلة . ويجب أن ينشر الإعلان في التاريخ المتفق عليه ، فإذا لم يكن هناك اتفاق في التاريخ الذي يتمكن فيه ناشر الإعلان من نشره ولا يكون مسئولاً إذا لم يتمكن من النشر فوراً^(٣) . وينشر الإعلان العدد من المرات المتفق عليه ، فلن لا يتفق على عدد معين كان النشر مرة واحدة . وتتوقف قيمة الإعلان بداهة على عدد النسخ الذي يوزع من الجريدة ، فإذا ضمن ناشر الإعلان لصاحبه توزيع عدد معين من هذه النسخ ، كان لصاحب الإعلان التحقق من ذلك ، وكان له أن يرجع بتعويض إذا ظهر أن الذي يوزع من الجريدة عدد أقل^(٤) . ويجب أن ينشر الإعلان بالصيغة والشكل المتفق عليهما ، فلا يجوز لناشر الإعلان أن يدخل تعديلاً لا في الصيغة ولا في الشكل دون موافقة صاحب الإعلان ، وذلك ما لم يكن في صيغة الإعلان ما يستوجب المسؤولية الختافية أو المدنية فللناشر أن يرفض في هذه الحالة نشره في هذه الصيغة^(٥) .

(١) Demortain ص ٢٤٥ - بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٨ ص ٢٣٠ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٠٥ .

(٣) السين ٤ ديسمبر سنة ١٩١٩ Loi ٢١ مارس سنة ١٩٢٠ - بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٦ ص ٢٢٧ .

(٤) بلانويول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٦ ص ٢٢٧ .

(٥) وإذا تعاقد الناشر على نشر إعلان من سلعة معينة ، فإن ذلك لا يمنعه من التعاقد على نشر إعلان من سلعة منافسة ، بل إن ذلك لا يمنعه من نشر الإعلانين معاً أحدهما بعد الآخر في عدد واحد . ولا يمنعه ذلك من نشر مقال بين مضار هذه السلعة بوجه عام ، مادام المقال لا يمين السلعة الملحق بها بالذات ، بل يرمي إلى تثقيف الجمهور المصلحة العامة . فيجوز نشر إعلان من نوع =

ولاجبوز للناشر أن يكلف ناشراً غيره بنشر الإعلان في جريدة أخرى بغير موافقة صاحب الإعلان ، فإن هذا الأخير قد قصد نشر إعلانه في جريدة بالذات تختلف عن الجرائد الأخرى في السمعة وسعة الانتشار . وإذا نزل صاحب الجريدة عن جريدته للغير ، فإن عقد النشر ينتقل منه إلى صاحب الجريدة الجديد ، حقوقاً والتزامات ، طبقاً للقواعد المقررة في حوالة الحق وفي حوالة الدين ، ومن ثم يجب إقرار صاحب الإعلان لحوالة الدين حتى تكون سارية في حقه .

٣٠٧ - التزامات صاحب المصحف : ويلتزم صاحب الإعلان بدفع الأجر المتفق عليه ، فإن لم يتفق على أجر معين وجب الرجوع إلى تعريف الإعلانات التي وضعها الناشر ويفترض أن صاحب الإعلان قد قبل أن يدفع الأجر بحسب هذه التعريف . والذي يقع عادة أن الناشر يضع تعريف خاصة بالإعلانات ، تجعل الأجر يتفاوت بتفاوت عدد سطور الإعلان ويتفاوت المكان الذي ينشر فيه^(١) . ويدفع الأجر عادة مقدماً عند الاتفاق على الإعلان ، وقد يتفق على أن يدفع الأجر بعد انتهاء عدد مرات نشر الإعلان .

ويلتزم صاحب الإعلان أيضاً بأن يقدم صيغة الإعلان للناشر ، وما يلحق بالصيغة من إكليشيات ونحوها ، في الوقت المتفق عليه . فإذا لم يتفق على وقت معين ، وجب على صاحب الإعلان أن يقدم الصيغة في الوقت المناسب بحيث لا يتأخر صدور العدد من الجريدة الذي يجب نشر الإعلان فيه عن مياعده .

= ميم من المصور أو السجائر، ونشر مقال في الوقت ذاته يبين أضرار المصور أو التدخين ويمنع الناس من ذلك (باريس ١٨ يونيو سنة ١٨٨١ Lel ٢٤ يونيو سنة ١٨٨١ - Demorain ص ١٦١ - Feltaine ص ١١٨ - قارن محمد كامل مرسى بقرة ٦٥٩ ص ٥٦٣ - ص ٥٦٤) .
(١) قولون الابتدائية ١٧ فبراير سنة ١٩٠٣ Lel ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ - بلانيرول جريير ورواست ١١ بقرة ٩٧٧ ص ٢٢٨ .

عقد الوكالة

تمهيد

٢٠٨ — التعريف بمفرد الوكالة وخصائص هذا المفرد — نص قانوني :
أوردت المادة ٦٩٩ من التقنين المدني تعريفاً لعقد الوكالة على الوجه الآتي :

(٥) مراجع في عقد الوكالة : هيكل ١٢ — تروزلون ١٦ — بون في العقود الصغيرة ١٤ —
جيبوار في عقود الفرد والوكالة الطبية الثانية سنة ١٨٩٤ . بودرى وقال في عقود الفرد والوكالة
والوكالة والصلح الطبية الثالثة سنة ١٩٠٧ — أوبري دور وإسبان ٦ الطبية السادسة سنة ١٩٥١ —
يحدان ١٢ الطبية الثانية سنة ١٩٣٨ — بلانويول وديبير وسالتييه ١١ الطبية الثانية سنة ١٩٥٤ —
هي باج ٥ الطبية الثانية سنة ١٩٥١ — بلانويول وديبير وهولانجه ٢ الطبية الثالثة سنة ١٩٤٩ —
كولان وكابيتان وديلاموراندير ٢ الطبية العاشرة سنة ١٩٤٨ — جوسران ٢ الطبية الثالثة
سنة ١٩٣٣ — أنيكلويدى دالوز ٣ سنة ١٩٥٣ لفظ Mandat — فلانتي في العقود لحساب
الغير باريس سنة ١٩٥٠ .

رسائل وبحوث : Lerebours-Pigeonnière رسالتين كانت سنة ١٨٩٨ — Valéry في ميزات عقد
الوكالة في القانون المدني رسالة من إكس سنة ١٨٩٨ — Pilon في النيابة رسالة من كان سنة ١٨٩٨ —
Audriot في النيابة الفاصرة رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — Corbesco في النيابة رسالة من باريس
سنة ١٩١٣ — Boland في النيابة رسالة من لياج سنة ١٩٢٧ — Pobesco Ramnicéano في النيابة في
القانون المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ — Madray في النيابة في القانون الخاص رسالة من
بودرو سنة ١٩٣١ — Colin في تحديد الوكالة المأجورة رسالة من باريس سنة ١٩٣١ —
Faique Pierrotin في الوكالة وخصائصها المقومة رسالة من كان سنة ١٩٣٣ — Pénin في جواز
تخفيض أجر الوكيل رسالة من رن سنة ١٩٣٦ — Marty في الوكالة دون نيابة في غير الاسم
المستعار رسالة من مونزليه سنة ١٩٣٧ — Vallée في وكالة الحما (ad negotia) رسالة من بودرو
سنة ١٩٤١ — Clarée في النيابة رسالة من ليل سنة ١٩٤٩ — Sallé de la Karinière في الوكالة
للإزمة (المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٧ ص ٢٤١ وما بعدها) — Léauté في الوكالة
الطاهرة (المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٤٧ ص ٢٨٨ وما بعدها) .

مراجع مصرية : محمد كامل مرسى في العقود المسماة سنة ١٩٤٩ — محمد حل عرفة في التأمين
والعقود الصغيرة الطبية الثانية سنة ١٩٥٠ ، أكرم أمين الخولي في الصالح والمهية والوكالة
سنة ١٩٥٧ — جمال مرسى بدر في النيابة في التصرفات القانونية رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٤ —
فهد المؤلف دراسات في النظرية العامة لنيابة حول مشروع المعهد الدول لتوحيد لقانون الخاص
الإسكندرية سنة ١٩٥٩ — عبد الباسط جيمى في نظرية الأوضاع الظاهرة رسالة من القاهرة
سنة ١٩٥٦ .

وفى إشارتنا إلى هذه المراجع المختطفة نحيل إلى الطباعات المينة فيما تقدم .

« الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل »^(١).

ويخلص من التعريف المتقدم الذكر أن لعقد الوكالة خصائص تجعل أهمها فيما يأتي :

١ - عقد الوكالة هو في الأصل من عقود الرضا ، وسرى أنه يكون عقداً شكلياً إذا كان التصرف القانوني محل الوكالة هو تصرف شكلي . وهو في الأصل من عقود التبرع ، وسرى أنه يكون من عقود المعاوضة إذا اشترط الأجر صراحة أو ضمناً . أما في القانون الروماني فقد كان دائماً عقد تبرع ، وهو عقد ملزم للجانبين ، ليس فحسب إذا اشترط أجر للوكيل ، بل أيضاً فيها إذا كانت الوكالة تبرعاً ، إذ أن الموكل يلتزم في جميع الأحوال برد ما صرفه الوكيل في تنفيذ الوكالة ويتعوضه عما أصابه من الضرر ، وهذان

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٧٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدف الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي كان يتضمن فقرة ثالثة تجرى على الوجه الآتي : « إذا كان محل الوكالة إدارة عمل ، فالمفروض أن الوكيل ملزم أن يعمل باسم الموكل ، ما لم يتم الدليل على غير ذلك » . وفي لجنة المراجعة حلفت هذه الفقرة الثانية ، وأصبح رقم النص ٧٢١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٣٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٨٧ - ص ١٩٠) . ويقابل النص في التفتين المدف القديم المادة ١٢/٦٢٥ - ٦٢٦ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « للوكيل عقد به يؤذن الوكيل بعمل شيء باسم الموكل وعلى ذمته ، ولا يتم العقد إلا بقبول الوكيل » . (ونص التفتين المدف القديم يتفق في مجموعه مع نص التفتين المدف الجديد ، إلا أن نص التفتين المدف الجديد أدق من ناحية تحديد محل الوكالة بأنه « عمل قانوني » ، ومن ناحية أنه إذا كان من الضروري أن يعمل الوكيل لحساب الموكل فليس من الضروري أن يعمل باسمه) . ويقابل النص في التفتينات الملفية العربية الأخرى :

التفتين المدف السوري م ٦٦٥ (مطابق) .

التفتين المدف الليبي م ٦٩٩ (مطابق) .

التفتين المدف العراقي م ٩٢٧ : الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف

جائز مملوك (والتفتين العراقي يتفق في مجموعه مع التفتين المصري) .

تفتين الموجبات والقود اللبناني م ٧٦٩ ، الوكالة عقد بمقتضاه يفوض الموكل إلى الوكيل منفعة أو بئدة قضائياً أو بإتمام عمل أو فعل أو جولة أعمال وأفعال . ويشترط قبول الوكيل . ويجوز أن يكون قبول الوكالة ضمنياً ، وأن يستفاد من قيام الوكيل بها . (والتفتين اللبناني يتفق في مجموعه مع التفتين المصري ، إلا أنه لا يحدد محل الوكالة بأنه تصرف قانوني) .

الزمان ينشأ كما سرى من عقد الوكالة نفسه . وليس من الضروري أن تنشأ الالتزامات المتعاقبة في العقود الملزمة للجانبين متعاصرة وقت إبرام العقد^(١) . على أنه ليس من المحتم أن تكون الوكالة ملزمة للجانبين ، فقد تكون ملزمة لجانب الوكيل وحده ، ولاننشأ التزامات في ذمة الموكل إذا كانت الوكالة بغير أجر ولم ينفق الوكيل مصروفات ولم يصبه ضرر يعرض عنه .

٢ - جاء في نص المادة ٦٩٩ مدني المتقدم الذكر صراحة أن الوكيل يلتزم « بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل » . وسرى أن أهم ما يميز الوكالة عن غيرها من العقود ، وبخاصة عن عقدي المقاولة والعمل ، هو أن محل الوكالة الأصلي يكون دائماً تصرفاً قانونياً (acte juridique)^(٢) ، في حين أن المحل في عقدي المقاولة والعمل هو عمل مادي (acte matériel)^(٣) . وهذا التصرف القانوني يقوم به الوكيل « لحساب الموكل » . وليس معنى ذلك أن يقوم به الوكيل حتماً باسم الموكل وإن كان هذا هو الغالب ، بل يصح أن يقوم به باسمه الشخصي كما يقع في الاسم المستعار وفي الوكالة بالعمولة^(٤) ، ولكن يجب دائماً

(١) انظر عكس ذلك بودي وفال في الوكالة فقرة ٣٦٥ - محمد حل عروة ص ٢٤٧ - وقارن آثم أمين المحل فقرة ١٥٨ .

(٢) نقض فرنسي ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٢٨ جازيت دي باليه ١٩٢٨ - ٢ - ١٧٩ - ومع ذلك قارن نقض فرنسي ٤ ديسمبر ١٩٤٥ J.C.P. ١٩٤٦ - ٢ - ٣١١٠ - ونقول « محل الوكالة الأصل » ، لأن الوكيل قد يقوم بأعمال مادية تباً لتصرف القانوني الذي وكل فيه ، كما إذا وكل في قبض الدين فإنه يجب في بعض الأحيان أن يسمى الدين وأن يقوم ببعض الإجراءات المادية لقبض الدين . ولكن هذا لا يثنى أن مهمة الأصلية هي قبض الدين وهو تصرف قانوني لا عمل مادي ، ويظهر ذلك في وضوح إذا أصيب الوكيل في أثناء القيام بهذه الأعمال المادية التابعة لتصرف القانوني ، فإن إصابته لا تدخل في نطاق إصابات عقد العمل ، لأن العقد الذي يربطه بالأصيل هو عقد وكالة لا عقد عمل (نقض فرنسي ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٤٨١ - أنيسكوليني دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٢ - محمد كامل مرسى فقرة ١٥١ ص ١٩٨ - ص ١٩٩) .

(٣) بلانيول وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١٤٢٧ ص ٨٥٢ وفترة ١٤٣٠ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٠ ص ١٩٧ - ص ١٩٨ ولكن انظر ص ١٩٩ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٢٠ - چوسران ٢ فقرة ١٤٠٠ - Faigue Pierrolin ص ٢٦ - أنيسكوليني دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٠ - فقرة ١١ - وقارن كولان وكايتان ودي لا موندبير ٢ فقرة ١١٣١ وفترة ١٣٥٤) .

(٤) بودي وفال في الوكالة فقرة ٣٦٢ - بلانيول وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١٤٢٧ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في هذا الصدد: « ويجب أن يعمل الوكيل دائماً »

أن يعمل الوكيل لحسابه الموكل لحساب الشخصي ، فيقدم عند انتهاء الوكالة حساباً للموكل عما قام به من الأعمال لتنفيذ الوكالة . ومن هذا نرى كيف تتميز الوكالة عن النيابة ، فهي تارة تكون مقترنة بها وتكون الوكالة نيابة عندما يعمل الوكيل باسم الموكل ، وهي تارة تنفصل عنها وتكون الوكالة غير نيابة عندما يعمل الوكيل باسمه الشخصي ، وسواء عمل الوكيل باسم الموكل في الوكالة النيابة أو عمل باسمه الشخصي في الوكالة غير النيابة فهو في الحالتين يعمل لحساب الموكل^(١) كما سبق القول .

٣ - وتتميز الوكالة أيضاً بتغلب الاعتبار الشخصي (intuitu personae) ، فالموكل أدخل في اعتباره شخصية الوكيل ، وكذلك الوكيل أدخل في اعتباره

= لحساب الموكل . والأصل أنه يعمل أيضاً باسم الموكل ، إلا إذا أبيع له أن يعمل باسمه الشخصي فيكون في هذه الحالة اسماً مستمراً ، وهو في الحالتين وكيل « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩١) . وقد كان المشروع النهائي المادة ٦٩٩ منقحاً يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتي : « إذا كان عمل الوكالة إدارة عمل ، فالمفروض أن الوكيل ملزم أن يعمل باسم الموكل ، ما لم يتم الدليل على غير ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٨٧) . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي ما يأتي : « ملاحظة : تملد الفقرة الثانية من المادة ٩٧٢ من المشروع (م - ٦٩٩ منقحاً) كما يأتي : والمفروض أن الوكيل ملزم أن يعمل باسم الموكل ، ما لم يخصص له في أن يعمل باسمه - وهذا التعديل يتفق مع التفتين البولوني م ٤٩٩ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩١) . ولكن الفقرة الثانية لم تملد ، بل حذفت في لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٨٩ - وانظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) .

(١) والوكالة تفتى في الغالب صفة النيابة على الوكيل ، فتكون هناك وكالة ونيابة . ولكن قد تكون هناك وكالة دون نيابة ، كما في الاسم المستمر والوكيل بالعمولة . وقد تكون هناك نيابة دون وكالة ، إذ النيابة إما أن تكون اتفاقية إذا كان مصدرها الوكالة وهنا تجمع الوكالة والنيابة ، وإما أن تكون قانونية إذا كان مصدرها القانون كما في الولي فإن القانون هو الذي يمين الأولياء ، وإما أن تكون قضائية إذا كان مصدرها القضاء كما في الوصي والقيم والحارس القضائي فإن جهة قضائية هي التي تختار هؤلاء . وفي كل من النيابة القانونية والنيابة القضائية تكون هناك نيابة دون وكالة (الوسيط ١ فقرة ٨٣ ص ١٩٠ وهامش ١ - بلانويك وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٣٠١٩ - كولان وكاليتان ودي لاموراندري ٢ فقرة ١٣٤ - أنسيلويني دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٤ - أكيم أمين الخولي فقرة ١٥٦) - وقد عرفت الوكالة في المادة ٦٩٩ منقحاً سالف الذكر بأنها عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني « لحساب الموكل » ، فانظم التعريف بذلك الوكالة إذا صاحبها النيابة حيث يعمل الوكيل « باسم الموكل » والوكالة إذا لم تصحبها النيابة حيث يعمل الوكيل « باسمه الشخصي » ، ولكن الوكيل يعمل في الحالتين « لحساب الموكل »

شخصية الموكل ، وسرى أن هذه الخاصية يترتب عليها أن الوكالة تنتهي بموت الوكيل كما تنتهي بموت الموكل .

٤ - وتتميز الوكالة أخيراً بأنها عقد غير لازم ، وسرى أنه يجوز كقاعدة عامة للموكل أن يزل الوكيل ، والوكيل أن يتنحى عن الوكالة ، وذلك قبل إتمام التصرف القانوني محل الوكالة ، بل حتى قبل البدء فيه .

٢٠٩ - تمييز عقد الوكالة عن العقود الأخرى : يميز عقد الوكالة عن سائر العقود أن محلها تصرف قانوني لأجل مادي ، وهذا هو المميز الرئيسي بينها وبين عقدي المقاولة والعمل كما قلنا . وقد تلتبس بهذين العقدين كما تلتبس بعقد أخرى كالإيجار والبيع والشركة والوديعة^(١) . فنستعرض الوكالة مع هذه العقود عقداً عقداً ، فنرى كيف تلتبس بها تارة وكيف تختلط بها تارة أخرى . إذ كثيراً ما تختلط الوكالة بشرها من العقود ، فيقوم المفاوض أو أمين النقل أو رجل الأعمال أو المستخدم أو المستأجر أو المشتري أو الشريك أو المودع عنده بتصرفات قانونية إلى جانب الأعمال الممهودة بها. إليه بموجب عقده الأصلي ، فتختلط الوكالة بكل عقد من هذه العقود^(٢) . فإذا اختلطت الوكالة

(١) وتقرب الفسالة من الوكالة ، وإن كانت تتميز عنها . فالنظامان يتوافقان في أن كلا منهما مصدر لنيابة ، وفي أن الفسالة قد تنقلب إلى وكالة إذا أقرت والوكالة تنبئ إلى فسالة إذا خرج الوكيل عن حدود وكالته أو لم يعمل بعد انتهاء الوكالة . والنظامان يتفارقان في أن مصدر الفسالة عمل ماضي ومصدر الوكالة اتفاق أوعقد ، ومن ثم فالفسالة مصدر لنيابة قانونية أما الوكالة فصدر لنيابة اتفاقية . ويتفارقان كذلك في أن عمل الفصول قد يكون تصرفاً قانونياً وقد يكون عملاً مادياً ، أما عمل الوكيل فلا يكون إلا تصرفاً قانونياً .

وهذا كله من حيث الأركان . أما من حيث الالتزامات التي تنشأ من الفسالة والوكالة فتقوم الفروق بينهما على اعتبار جوهري : هو أن رب العمل لم يختار الفصول ولم يهد إليه في أن يقوم بعمل ما ، أما الموكل فقد اختار وكيله وعهد إليه في أن يقوم بعمل وكله فيه . لذلك كانت التزامات الفصول أشد قليلاً من التزامات الوكيل ، وكانت التزامات رب العمل أخف قليلاً من التزامات الموكل ، وإن كانت كل هذه الالتزامات في مجموعها متعادلة (انظر في تفصيل ذلك الوسيط ١قرة ٩٠٠ ص ١٢٧٠ هامش ١ - وانظر أكم أمين الحقوق بقرة ١٤٩) .

(٢) وقد يختلط عقد التأمين بعقد الوكالة ، فيشكل المؤمن له شركة التأمين في أن تدافع عنه أمام القضاء إذا تحقق الحادث المؤمن منه (بيكاروبيسون ٣قرة ٣١٩ وما بعدها - بلانويل وويبر وسافاتييه ١١قرة ١٤٣٩ مكررة) . وإذا وكل شخص شركة في أن تدافع عنه أمام القضاء فيها إذا وقع حادث يثير مسؤوليته ، كان هذا العقد وكالة مطلقاً على شرط واقع ، =

بعقد آخر ، وجب في الأصل تطبيق كل من قواعد الوكالة وقواعد العقد الآخر مادام لا يقوم تعارض بين هذه وتلك . فإذا دفع شخص لآخر شيئاً ودية عند وكيله في التأمين على هذا الشيء ، اختلطت الوكالة بالوديعة ، ووجب تطبيق قواعد الوديعة وقواعد الوكالة معاً إذ ليس هنالك تعارض . أما إذا قام التعارض ، فإنه يجب تطبيق القواعد التي تعتبر من النظام العام واستبعاد القواعد التي لا تعتبر من النظام العام . فإذا استخدم شخص شخصاً آخر لمدة غير معينة وعهد إليه في الوقت ذاته بأن يقوم بتصرفات قانونية ، فهذا الشخص الآخر يكون مستخدماً ووكيلاً في وقت واحد . وهو كستخدم لا يجوز إنهاء عقد عمله إلا بعد إخطار في ميعاد معين وفي غير تصف (م ٦٩٥ م ١/٧١٥ م ١) ، ولكنه كوكيل يجوز عزله في أي وقت (م ١/٧١٥ م ١) . ولما كانت القاعدة الأولى تعتبر من النظام العام ، وليست كذلك القاعدة الثانية ، فإن القاعدة التي تنطبق في الحالة التي نحن بصدددها هي الأولى دون الثانية ، ومن ثم لا يجوز عزل المستخدم ، ولو أنه في الوقت ذاته وكيل ، إلا بعد إخطار في ميعاد معين وفي غير تصف . وإذا كانت القواعد المتعارضة ليست من النظام العام ، وجب عندئذ تغليب أحد العقدين على الآخر وتطبيق قواعد العقد الغالب . فأجر المحامي عن أعماله القانونية والمادية يكون خاضعاً لتقدير القاضي كما تقضى أحكام الوكالة لأن العنصر الغالب في أعمال المحامي هو عنصر الوكالة ، ولكن أجر المهندس المعماري وإن قام بتصرفات قانونية لا ينخفض لتقدير القاضي كما تقضى أحكام المقاولة لأن العنصر الغالب في أعمال المهندس المعماري هو عنصر المقاولة^(١) .

٢١٠ - **عقد الوكالة وعقد المقاولة** : قدمنا عند الكلام في عقد المقاولة^(٢) أن المقاولة والوكالة يتفقان في أن كلا منهما عقد يرد على العمل وهذا العمل يؤديه كل من الماقل والوكيل لمصلحة الغير ، ولكنهما يختلفان في أن

= ولا يتضمن بالضرورة عقد تأمين (Möbrant) في المجلة الفصلية لقانون المئ سنة ١٩٥٣ ص ٥٧٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ ققرة ١٤٣٩ مكررة) .

(١) انظر أيضاً ققرة ٥ في آخرها - بيان ١٢ ققرة ٢٩٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ ققرة ١٤٢٩ .

(٢) انظر آفا ققرة ٥ .

العمل في عقد الوكالة هو تصرف قانوني في حين أنه في عقد المقاولة عمل مادي^(١). وبينما أن للتمييز بين المقاولة والوكالة أهمية عملية ، تظهر في أن المقاولة تكون دائماً مأجورة ولا تخضع الأجرة فيها لتقدير القاضي ، أما الوكالة فالأصل فيها أن تكون بغير أجر وإذا كانت بأجر خضع الأجر لتقدير القاضي . وتظهر في أن المفاوض لا ينوب عن رب العمل ، أما الوكيل فإنه ينوب عن الموكل إذا كان يعمل باسمه . وتظهر في أن الوكالة تنتهي حتماً بموت الموكل أو بموت الوكيل ، أما المقاولة فلا تنتهي بموت رب العمل ولا بموت المفاوض إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار . وتظهر في أن الوكالة في الأصل عقد غير لازم ، أما المقاولة فهي في الأصل عقد لازم . وهناك فروق أخرى كثيرة سبق بيانها عند الكلام في المقاولة^(٢).

وقدما أن الوكالة قد تلبس بالمقاولة ، وبخاصة في العقود التي تبرم مع أصحاب المهن الحرة كالطبيب والمحامي والمهندس المعاري ، وبينما أن الحل في هذه العقود هو عمل مادي وإن كان يتميز بأنه عمل فكري فتكون هذه العقود عقود مقاولة . وقد يخلط بها عقد الوكالة . فالعقد مع المحامي يقع على خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية ، ويغلب فيه عنصر الوكالة . وعلى العكس من ذلك العقد مع المهندس المعاري ، فإنه إذا وقع على خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية فإن عنصر المقاولة يكون هو الغالب^(٣). وسندليك التضليسة يعتبر وكيلًا عن المفلس وعن جماعة الدائنين ، فلا يكون

(١) بوردو وقال في الوكالة فقرة ٣٧٧ وما بعدها - أوبري ورو وإسان ٦ فقرة ٤١٠
 ص ١٩٧ - ص ٢٩٨ - ييدان ١٢ فقرة ٢٨٨ - بلانويل وديير وسافانيه ١١ فقرة ١٢٣٠ -
 دي باج ٥ فقرة ٣٩١ - جوسران ٢ فقرة ١٤٠٠ - أنسكلويدى دالوز ٢ لفظ Mandat
 فقرة ٢٤ - نقض فرنسي ١٤ أبريل سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٦ - ١ - ٢٣٠ - ٢٤ أبريل
 سنة ١٩٢٨ سيرة ١٩٢٨ - ١ - ١٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥ - بوردو وقال في الوكالة فقرة ٤٠٠ - بلانويل وديير ورواست ٩١
 فقرة ٩١١ - كولان وكايتان ودي لاموراندوير ٢ فقرة ١٠٨٦ - جوسران ٢ فقرة ١٤٣٠ .
 (٣) بوردو وقال في الوكالة فقرة ٣٧٧ وما بعدها - بلانويل وديير وسافانيه ١١
 فقرة ١٤٣٣ - بلانويل وديير وبيولانيه ٢ فقرة ٣٠٢١ - كولان وكايتان ودي لاموراندوير
 ٢ فقرة ١٣٤٨ وفترة ١٤٣١ - أنسكلويدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٥ وفترة ٣٢ -
 محمد كامل حرسى فقرة ١٥١ ص ١٩٩ - ص ٢٠٠ - أكثم أمين الخولي فقرة ١٥٥ .

مقاولاً (١). وكذلك مصنفى الشركة يعتبر وكيلًا عن الشركة في أثناء التصفية ، وليس مقاولاً (٢). أما الخبراء والمحكون ، فهم مقاولون لا خبراء (٣). وأمين للتقل مقاول في الأصل لا وكيل ، ولكن قد يعهد إليه بتصرفات قانونية كالتأمين على البضاعة وإيداعها في مخزن وقبض ثمنها في هذه التصرفات يعتبر وكيلًا لا مقاولاً (٤). والتعاقد مع رجال الأعمال (agents d'affaires) يكون في الأصل مقاولاً ، وقد يتضمن وكالة إذا دخل في الأعمال للتعاقد عليها أن يقوم رجل الأعمال بتصرف قانوني ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٥).

٣١١ - عمر الوطانة وعمر العمل : ويتميز عقد الوكالة عن عقد العمل ، كما يتميز عن عقد المقاولة ، بأن عمله تصرف قانوني لأجل مادي (٦). ويزيد في تمييز عقد الوكالة عن عقد العمل أن العامل أو المستخدم في عقد العمل يعمل دائماً تحت إشراف رب العمل وتوجيهه فملاقته به هي علاقة التابع بالتبوع ، أما الوكيل فلا يعمل حتماً تحت إشراف الموكل فليس من الضروري أن تقوم بينهما علاقة التبعية (٧). وللتمييز بين عقد الوكالة وعقد العمل نفس الأهمية

-
- (١) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٣٨٧ - نقض فرنسي ٢١ يولييه سنة ١٨٩١ سيرة ٩١ - ٣٧٧ .
- (٢) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٣٨٧ - الوسيط ٥ فقرة ٢٥٨ - مصر الكلية ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ المأداة ٣٦ رقم ٣٠ ص ١١١ - نقض فرنسي ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤ - ١ - ٢٦٩ .
- (٣) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٣٨٣ - بلاتيرول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٢٠ ص ٨٥٦ .
- (٤) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٣٩٤ - بلاتيرول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٨ - نقض فرنسي ٢ فبراير سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٧٢ - ١٣ يناير سنة ١٩١٣ سيرة ١٩١٣ - ١ - ١٩٠ - ليون ١٠ يولييه سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعي ١٩٢٤ - ٥٩٠ .
- (٥) انظر أيضاً فقرة ٢٠١ - بودرى وقال فقرة ٣٨٣ - بلاتيرول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٢٩ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٣ - فقرة ٣٦ .
- (٦) استئناف غنتظ ٢٤ يولييه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٣٠٢ .
- (٧) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٣٧٧ وما بعدها - بلاتيرول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٠ - بلاتيرول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٤ - كولان، وكليظفودى لانوراندبير ٢ فقرة ١٣٤٩ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٠ - وثائق أكرم أمين للمولى فقرة ١٥٤ ص ١٩٥ .

التي تتميز بين عقد الوكالة وعقد المقاولة ، وتظهر في نفس الوجهه : ضرورة الأجر في عقد العمل وعدم ضرورته في عقد الوكالة وخضوع أجر الوكيل لأن وجد لتقدير القاضي ، وعلم نيابة العامل عن رب العمل ونيابة الوكيل عن الموكل إن كان يعمل باسمه ، وعدم انتهاء عقد العمل بموت رب العمل وانتهاء الوكالة بموت الموكل وإن كان كل من العقد ينهي بموت العامل أو موت الوكيل^(١) ، ولزوم عقد العمل وعدم لزوم عقد الوكالة^(٢) .

وقد يلتبس عقد الوكالة بعقد العمل . ويقع ذلك عادة في شأن الطوافين (placiers) والممثلين التجاريين (représentants) والجوابين (voyageurs de commerce) وندوبي التأمين (agents d'assurance) ، فهؤلاء يقومون بأعمال مادية وتتصرفات قانونية مع العملاء لحساب مخدوميهم فيعدون الصفقات ويرمون عقود التأمين . وقد انقسم القضاء الفرنسي فيما يتعلق بندوبي التأمين ، فذهب بعض الأحكام إلى أن العقد الذي يربط مندوب التأمين بالشركة هو عقد وكالة^(٣) ، وذهبت أحكام أخرى إلى أنه عقد عمل^(٤) . ولكن القانون الفرنسي الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ قضى بأن مندوب التأمين ينتفع بأحكام المادة ١٧٨٠ من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بعقد العمل فرجع كفة عقد العمل على كفة عقد التأمين ، وبهذا قضت أخيراً محكمة النقض الفرنسية^(٥) . أما فيما يتعلق

(١) أوبري ورو وإيمان ٥ فقرة ٤١٠ ص ١٩٨ هامش ٧ - كولان وكليمان وهي لامه اندير ٣ فقرة ١٤٢٨ - محمد كامل مرسى فقرة ١٥٥ ص ٢٠٦ - محمد حل هرقه ص ٣٠١ - ص ٣٠٢ - أكثم أمين الخول فقرة ١٥٤ ص ١٩٥ .

(٢) وقد قضى بأن المحامي الذي يؤجر عن طريق مبلغ دوري يدفع له عن كل شهر أو عن كل سنة يبقى وكيلا لا أجيراً ، ومن ثم يجوز عزله عن الوكالة طبقاً لقواعد المقررة في عقد الوكالة دون القواعد المقررة في عقد العمل (استئناف غخلط ٢٩ أبريل سنة ١٩١٧ م ٥٩ ص ٢٠٦) .

(٣) نقض فرنسي ٩ يولييه سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٦ - ١ - ٣١٠ - ٨ فبراير سنة ١٩٢٦ دالوز ٢٦ - ١ - ١٩٢ - ٢٦ أبريل ٢٩ يولييه سنة ١٩٣١ مجلة العامة للتأمين البري ص ٧٦٥ وص ٩٩٥ .

(٤) نقض فرنسي ٢٩ يولييه سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٤٤٠ - ١٦ أبريل سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ٤٤٥ - ٤ - ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ١٤١ .

(٥) نقض فرنسي ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٢ (Droit Social) ١٩٥٣ - ٢٨٣ - وانظر في هذه -

بالطوائف والممثلين التجاريين والجوابين ، فقد صدر في فرنسا قانون ١٨ يولييه سنة ١٩٣٧ يجعل هؤلاء جميعاً يرتبطون بمخدوميهم بموجب عقد عمل لا بموجب عقد وكالة إذا توافرت شروط معينة ، وذلك حتى يتمكنوا من الانتفاع بالتشريعات المالية ويستظلوا بحمايتها^(١) . وفي مصر ورد نص صريح يقضي بسريان أحكام عقد العمل على العلاقة فيما بين أرباب الأعمال وبين الطوائف والممثلين التجاريين والجوابين ومنطوي التأمين ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٦٧٦ مدني على أن « تسري أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال وبين الطوائف والممثلين التجاريين والجوابين ومنطوي التأمين وغيرهم من الوسطاء ، ولو كانوا مأجورين بطريق العالة أو كانوا يعملون لحساب حملة من أرباب الأعمال ، مادام هؤلاء الأشخاص تابعين لأرباب العمل وخاضعين لرقابتهم » .

ويعتبر رئيس مجلس إدارة الشركة وكيلا عن هذا المجلس ، أما المدير الفني للشركة فيعتبر موظفاً فيها يرتبط معها بعقد عمل لا بعقد وكالة^(٢) . وكثيراً ما يختلط عقد الوكالة بعقد العمل . فيعهد السيد إلى الخادم بالقيام

= المألة بودري وفال في الوكالة فقرة ٣٩٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٢ ص ٨٩٠ - ص ٨٦١ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٥ .

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٦ .

(٢) نقض فرنسي ١٦ نوفمبر سنة ١٨٨٦ سيرييه ٨٨ - ١ - ٤٢١ - ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ١ - ١٦٤ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٦ جازيت دي پاليه ١٩٢٦ - ٢ - ٥٩٧ - ومع ذلك انظر نقض فرنسي ١٩ يولييه سنة ١٩٥١ دالوز ١٩٥٢ - ١ - مع تعليق ريبير .

وانظر في الجمع ما بين رئيس مجلس إدارة الشركة ومديرها الفني : بودري وفال في الوكالة فقرة ٣٩٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٢ ص ٨٦١ - ص ٨٦٢ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٥ ص ٢٠ - نقض فرنسي ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ١ - ١٦٤ - ٢١ مارس سنة ١٩١٠ سيرييه ١٩١٣ - ١ - ٢٩٧ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٣ سيرييه ١٩٢٠ - ١ - ١٠٢ - ١٦ يناير سنة ١٩٢٠ سيرييه ١٩٢٠ - ١ - ٢٧٢ - ٩ يناير سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٨ - ١٥٣ - ٣ أغسطس سنة ١٩٣٥ دالوز ١٩٣٥ - ٥٢٣ - ١٣ يولييه سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٨ - ١ - ٩٣ - ١٣ أبريل سنة ١٩٤٥ دالوز ١٩٤٦ - ٦٥ - ٢٠ يولييه سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٥٣ - ٣٣ - ١٦ يولييه سنة ١٩٥١ دالوز ١٩٥٢ - ١ - ٢١ يولييه سنة ١٩٥١ Droit Social ١٩٥١ - ٦١٣ .

بالمشتريات المنزلية من طعام وشراب وغير ذلك^(١). ويعهد صاحب المتجر إلى مستخدمه بعقد الصفقات مع العملاء أو بقبض الديون منهم^(٢). ويعهد صاحب الأرض الزراعية لناظر زراعتها بأن يعضى عقود الإيجار مع المستأجرين. ويعهد صاحب السيارة إلى السائق بتشجيع السيارة وتزيينها. ويعهد صاحب العمارة إلى البواب بقبض الأجرة من السكان^(٣). وفي هذه الأحوال تسرى في الأصل أحكام عقد العمل، وتسرى في الوقت ذاته أحكام عقد الوكالة فيما يتعلق بالتصرفات القانونية التي يقوم بها هؤلاء المستخدمون. ومن ثم يتفقون بالتشريعات العالية وبما تضيفه عليهم من الحماية، ويكونون تابعين لرب العمل فيكون هذا مسئولاً عنهم مسئولية المتبوع عن التابع. أما التصرفات القانونية التي يقومون بها فيمثلون فيها مخلوهم، وتنصرف آثارها مباشرة إلى المخلوم. وإذا تعارضت أحكام عقد العمل مع أحكام عقد الوكالة، غلبت هنصر عقد العمل فتسرى أحكامه وتستبعد أحكام عقد الوكالة. ومن ثم لا يجوز فصل المستخدم دون إخطار أو فصلاً تعسفياً تطبيقاً لأحكام عقد العمل وهي هنا تعتبر من النظام العام، وكانت أحكام الوكالة تقضى بجواز عزل الوكيل في أي وقت^(٤).

٢١٢ - عقد الوكالة وعقد الإيجار : قلنا عند الكلام في الإيجار أن الإيجار يختلف عن الوكالة بأن محل الوكالة تصرف قانوني ومحل الإيجار عمل

(١) السين ٢٠ مايو سنة ١٨٩٣ *La Loi* ٢٠ يوليو سنة ١٨٩٣ - ٦ مارس سنة ١٩٢٣ جالوز ١٩٢٣ - ٥ - ١٠.

(٢) نقض فرنسي ١٠ يونيو سنة ١٨٦٨ دالوز ٦٩ - ٢ - ٣١٨ - ٤ أغسطس سنة ١٨٧٤ جالوز ٧٥ - ١ - ١٠٥ - ٢٤ يوليو سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٢٦٩ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٤٨١ - باريس ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ دالوز ١٩١٧ - ٢ - ١٣٢ - وفاران بودي وفال في الوكالة فقرة ٣٩٠.

(٣) وانظر في بيان السفينة وقبامه بتصرفات قانونية نقض فرنسي ١٧ يناير سنة ١٨٨٤ سبتمبر ٨٦ - ١ - ٤٦١ - ريبير في القانون البحري الطبعة الثالثة ١ فقرة ٨٠٦ وما بعدها - بودي وفال في الوكالة فقرة ٣٩٥ - بلانيول وريبير وسافيتيه ١١ فقرة ١٤٣٢ ص ٨٦٢.

(٤) انظر آتفاً فقرة ٢٠٩ - نقض فرنسي ١٨ يوليو سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٥٨٥ - ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ١ - ١٦٤ - ١٦ أبريل سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ٤٤٥ - ٣١ مارس سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعي ١٩٣١ - ٣٣٢ - ١٩ يوليو سنة ١٩٥١ دالوز ١٩٥٢ - ١ - بلانيول وريبير وسافيتيه ١١ فقرة ١٤٣١.

مادى ، وأن الوكيل يعمل عادة باسم الموكل ويمثله أما المستأجر فلا يمثل المؤجر ، وتنتهى الوكالة بموت الموكل أو بموت الوكيل ولا ينتهى الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر إلا فى حالات استثنائية ، ويجوز الرجوع فى الوكالة ولا يجوز الرجوع فى الإيجار ، ويجوز فى الوكالة أن يعدل القاضى الأجر المتفق عليه أما فى الإيجار فلا يجوز ذلك إلا فى حالات استثنائية . ويشترك الوكيل والمستأجر فى أنه إذا تصرف أى منهما فى الشيء الذى تحت يده بدون إذن المالك اعتبر مبدداً^(١) .

وذكرنا أنه قد يقع لبس بين الوكالة والإيجار فيما إذا اتفق شخص مع آخر على أن يؤجر له حيلة واحدة أعياناً يملكها الأول ، على أن يؤجرها المستأجر من باطنه واحدة واحدة ، ويتقاسم الأجرة مع المؤجر بنسبة معينة ، أو يأخذ لنفسه مبلغاً معيناً يخصمه من الأجرة التى يتقاضاها من المستأجرين من الباطن والباقي يعطيه للمؤجر . وقررنا أن هذا العقد ليس بإيجار ، بل هو وكالة مأجورة ، الوكيل فيها هو من تسمى بالمستأجر الأصلي والموكل من تسمى بالمؤجر . فنحيل هنا إلى ما قررناه هناك^(٢) .

٣١٣ - **عقر الوطاة وعقر البيع** : قدمنا عند الكلام فى البيع^(٣) أن الوكالة قد تقترن بالبيع ، ويحدث ذلك فى أحوال منها :

(١) انظر فى ذلك الوسيط ٦ فقرة ٩ ص ١٤ .

(٢) الوسيط ٦ فقرة ٩ - وانظر بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٣٧٦ - جيوار فى الإيجار ١ فقرة ١١ وقرة ٦٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٦ - وقد غلبت عكسة الاستئناف المختلطة عنصر الوكالة ، فقضت بانتهاء العقد بموت الوكيل أى من ظهر بمظهر المستأجر الأصل (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٤ ص ٢٠٠ - وانظر أيضاً فى نفس المعنى استئناف مختلط ٦ يولييه سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣١٨) .

وقد يقع لبس أيضاً بين الوكالة والإيجار إذا سلم شخص لآخر أرضاً زراعية لزراعتها ، فإذا كان هذا الشخص الآخر يزرع الأرض لحسابه ويؤدى أجره لصاحب الأرض ولو جزئياً من المحصول ، فالمقد إيجار أو مزراعة . أما إذا كان يزرع الأرض لحساب صاحبا ويقوم هو بإدارتها نيابة عنه ، فيشتري ما يلزم للأرض من بذر وسهاد وغير ذلك ويستأجر الأنفاور للزراعة ويقوم بجميع الأعمال الأخرى اللازمة لزراعة الأرض من أعمال مادية وتصرفات قانونية ، ويأخذ أجره كل ذلك من صاحب الأرض ، فالمقد مزيج من عقد عمل وكالة . وتظهر أهمية هذا التمييز فى الامتداد القانونى للعقد ، فإذا كان العقد إيجاراً أو مزراعة امتد بحكم القانون بعد انقضاء مدته ، أما إذا كان مقد عمل وكالة فلا يمتد إذا انقضت المدة (أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٩) .

(٣) الوسيط ٤ فقرة ١١ ص ٣٢ - ص ٣٣ .

١ - حالة الاسم المستعار أو المسخر (prête-nom) ، فهو يشتري باسمه ما وكل في شرائه ثم يبيعه بعقد جديد إلى الموكل . فيقترن عقد الوكالة في هذه الحالة بعقدى بيع ، الأول هو الذى أبرمه المسخر مع المتعاقد الآخر والثانى هو الذى أبرمه المسخر مع الموكل .

٢ - حالة السمسار والوكيل بالعمولة ، يقوم كل منهما بشراء الشيء باسمه ولكن لحساب عميله ، ثم ينقله إلى العميل بعقد جديد ، فيكون هناك عقد وكالة مقترناً بعقدى بيع على النحو السالف الذكر .

٣ - حالة الوكالة بالشراء في حق التقرير بالشراء عن الغير (déclaration de command) ، وقد تقدم تفصيل ذلك عند الكلام في البيع (١) .
وقد تلتبس الوكالة بالبيع في أحوال منها :

١ - حالة ما إذا حول الدائن حقه لخال له على أن يحفظ هذا لنفسه مجز من الحق ويرد الباقي للمحيل . فقد يكون العقد حوالة حق أى بيعاً للحق والتمن هو هذا الباقي الذى يرده الخال له للمحيل وقد اشترى الحق مجزاً منه في نظير ما بذل من جهد في تحصيل الحق من المدين ، وقد يكون العقد وكالة مأجورة والخال له هو وكيل الخليل في قبض الدين من الخال عليه في مقابل أجر هو هذا الجزء من الحق الذى يستبقه الخال له لنفسه . وتذهب محكمة النقض الفرنسية إلى أن قاضى الموضوع هو الذى يبت فيما إذا كان المتعاقدان أرادا بيعاً أو وكالة (٢) : أما الفقه، فنقسم ، فن الفقهاء من يذهب إلى أن العقد وكالة (٣) ، ومنهم من يذهب إلى أن العقد يكون وكالة إذا قبض الخال له الحق من المدير باسم الخليل ويكون بيعاً إذا قبض الحق باسمه الشخصى (٤) . ونرى أن هذا العقد هو فى الأصل وكالة ، فقد قصد المتعاقدان أن يقبض الخال له الحق من المدين ليسلمه للمحيل في مقابل أجر يقطع به الخال له من الحق بعد قبضه .

(١) الوسيط ٤ مقرة ١١ من ٣٣ هامش ١ ومقرة ٩٥ - مقرة ٩٩ .

(٢) نقض فرنسى ٧ فبراير ١٨ و ١٨ أبريل سنة ١٨٥٥ دالوز ٥٥ - ١ - ٢٠٦ - ١٢ يناير سنة ١٨٦٣ دالوز ٦٣ - ١ - ٣٠٢ - ٢٨ فبراير سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٨ - ١ - ٧٨ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١١ سيدي ١٩٢٢ - ١ - ٣٧٤ - ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٢٧١ .

(٣) جيوار مقرة ٢٦ - بوجدى وفال مقرة ٣٦٧ .

(٤) بلانول وريير وسفاتييه ١١ مقرة ١٤٣٤ من ٨٦٦ .

وهذا ما لم يتعين من الظروف في وضوح أن المتعاقدين قد قصدا أن ينتقل الحق فعلاً للمحال له في مقابل ثمن هو الجزء من الحق الذي يرد له المحال له للمحيل فيكون العقد بيعاً .

٢ - حالة ما إذا وكل شخص شخصاً آخر في بيع مال له ، مع تخويله الحق في أن يشتره لنفسه إذا شاء . فالعقد هنا وكالة معلقة على شرط فاسخ ، هو أن يشتري الوكيل المال لنفسه . فإذا اشترى الوكيل المال لنفسه انفسخت الوكالة ، وتبقى من التعاقد وعد بالبيع قبله الموعد له (الوكيل) بشرائه المال . ومخلص من ذلك أن العقد وكالة معلقة على شرط فاسخ ، وقد اقترنت بوعد بالبيع^(١) .

٣ - حالة ما إذا دفع مورد السلعة سلعته إلى تاجر ليبيع منها ما يستطيع بيعه ، ويرد له ما تبقى دون بيع مع ثمن ما باع بعد خصم أجره . وهذا عقد معروف عند الرومان باسم *aestimatum* ، لأن ثمن السلعة محدد طبقاً لتقدير (estimation) متفق عليه ، فهل هو بيع أو وكالة ؟ يقلب أن يكون وكالة ، ويكون التاجر وكيلاً عن مورد السلعة في بيع ما باع منها وقد خصم أجره من الثمن الذي باع به ، ويكون مبدداً إذا لم يرد السلعة أو ثمنها^(٢) . وقد يكون بيعاً إذا تقاضى المورد مقدماً من التاجر مبلغاً يحفظ به ، فيكون هذا المبلغ ثمناً لجزء من السلعة^(٣) . كما يكون بيعاً إذا ترك المورد للتاجر حرية تحديد الثمن الذي يبيع به السلعة ومازاد من هذا الثمن على مبلغ معين يأخذه التاجر

(١) انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٣٤ ص ٨٦٦ - ص ٨٦٧ - وهذا يختلف ما إذا وكل شخص شخصاً آخر في بيع مال له دون أن يخوله حق شرائه لنفسه . فإذا اشترى الوكيل المال لنفسه ، لم يكن الشراء نافذاً في حق الموكل ، ولكن له أن يقره فيجعله نافذاً (انظر الوسيط ١ فقرة ٩٧) .

(٢) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٣٦٩ - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٣٤ ص ٨٦٦ - أنسيكلوبي دالوز ٣ لفظ *Mandat* فقرة ٣٨ - نقض فرنسي ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ١ - ٢٦٥ (إذا لم يرد التاجر الجواهر التي تسلمها أو ثمنها كان مبدداً) - ٢١ أبريل سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ١ - ٤٣٣ - كذلك يكون للموكل أن يتردد السلعة من تفليسة الوكيل لأنه لا يزال مالكا لها ، ويلتزم الوكيل بتقديم حسابها للموكل ، ويجوز تخفيض أجره إذا كان مبالغاً فيه (محمد علي عرفة ص ٢٤٨) .

(٣) باريس ٤ يناير سنة ١٨٩٤ *Mon. Jud. Lyon* ١٨٩٤ - أبريل سنة ١٨٩٤ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٣٦٩ ص ١٨٠ - أكرم أمين^(٤) يقول فقرة ١٥١ ص ١٩٠ .

لنفسه ، فيكون العقد في هذه الحالة بيعاً معلقاً على شرط واقف هو أن يجد التاجر للسعة مشترى ، فإذا وجده تحقق الشرط وأصبح التاجر مشترى ، وباع بدوره السعة إلى المشتري الذى وجده^(١) . وإذا عهدت شركة إلى مصرف بتوزيع أسهمها أو سنداتهما على الجمهور ، كان المصرف وكلاء عن الشركة في بيع هذه الأسهم أو السندات (contrat d'émission)^(٢) ، وذلك عالم يتملك المصرف الأسهم أو السندات لنفسه ثم يبيعها للجمهور لحسابه فيكون العقد بيعاً^(٣).

وأهم ما يترتب من النتائج على أن يكون العقد وكالة أو بيعاً في الحالات المتقدم ذكرها أن أجر الوكيل ينخفض لتقدير القاضي ، وأن الوكيل يقدم حساباً عن وكالته فإذا لم يرد الشيء أو ثمنه كان مبدداً^(٤).

٢١٤- عقد الوكالة وعقد الشركة: قدمنا عند الكلام في عقد الشركة أن الوكالة تشبه بالشركة فيما إذا فوض الدائن شخصاً أن يقبض حقه من المدين في مقابل نسبة معينة من الدين ، فالعقد وكالة مأجورة لا شركة ، لأن الوكيل لا يشارك الدائن في الخسارة إذا لم يقبض الدين ، بل هو يأخذ أجراً على وصالته نسبة معينة من الدين^(٥).

ويجب التمييز بين الوكيل وأداة الشركة (organe de la société) ، لمجلس إدارة الشركة وعضو مجلس الإدارة المنتدب يعتبر كل منهما أداة للشركة لا وكيلاً عنها^(٦).

(١) باريس ١٨ مايو سنة ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٣ - ٤١٣ - بلانيول وريبير وسالفاتيه ١١ فقرة ١٤٣٤ ص ٨٦٦ .

(٢) بودوى وفال في الوكالة فقرة ٣٧٠ - بلانيول وريبير وسالفاتيه ١١ فقرة ١١٣٤ ص ٨٦٦ - أكثم أمين الخول فقرة ١٥١ ص ١٩٠ - باريس ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٥ جازيت دي پاليه ١٩٣٦ - ١ - ١٩٣٠ .

(٣) بلانيول وريبير وسالفاتيه ١١ فقرة ١١٣٤ ص ٨٦٦ .

(٤) نقض فرنسي ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ١ - ٢٦٥ - مارس سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ٣٧٤ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٨ - ٢٨٦ - بلانيول وريبير وسالفاتيه ١١ فقرة ١٤٣٤ ص ٨٦٧ - أكثم أمين الخول فقرة ١٥١ ص ١٩١ .

(٥) الوسيط ٥ فقرة ١٦٢ ص ٢٢٨ .

(٦) بلانيول وريبير وسالفاتيه ١١ فقرة ١٤٣٧ .

وإذا عهد شخص إلى آخر في إدارة مال له ، على أن يشاركه في الربح والخسارة فهذه شركة ، أو على أن يتقاضى جملاً معيناً أو نسبة مئوية من صافي الربح ولا يشارك في الخسارة فهذه وكالة^(١) .

٣١٥ — عقد الوكالة وعقد الوديعة : يغلب أن يقع في يد الوكيل مال للموكل ، كما إذا قبض ديناً له أو قبض ثمن المال الموكل في بيعه . كذلك قد يقع في يد الوكيل أشياء مملوكة للموكل كسندات يحتاج إليها في تنفيذ وكالاته ، أو مجوهرات وكل في بيعها ، أو كميالة وكل في قبضها . ففي جميع هذه الأحوال لا تكون هناك وديعة مقترنة بالوكالة ، لأن ما في يد الوكيل لم يتسلمه لحفظه كما هو الأمر في الوديعة ، بل تسلمه لتنفيذ الوكالة^(٢) . ومع ذلك قد تترن الوديعة بالوكالة ، كما إذا أودع شخص مالا عند

(١) انظر في هذه المسألة بلانيرول وريبير وسافاتييه ١١ ققرة ١٤٣٧ — وانظر في التمييز بين الوكالة والشركة بودرى وقال في الوكالة ققرة ٤٠١ — ققرة ٤٠٢ — أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat ققرة ٤٠ .

وقد قضى بأنه إذا اشترى شخصان سيارة وأودعاها عند ثالث لبيعها ، واتفقوا على أنه عند بيعها يتقسم ربحها عليهم جدياً ، وإذا وقعت خسارة يتحملها الثالث وحده ، فهذا العقد لا يكون شركة ، بل هو اتفاق بين مالكي السيارة والشخص الثالث على أن يكون هذا وكيل بالعمولة يضمن للمالكين بيع السيارة بنهر خسارة ، وله أجر احتمالي هو مساهمته في الربح (مصر الوطنية تجاري ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ١ - ٩٧ - ١٢٢ - محمد علي عرفة ص ٣٤٩) - وقضى بأن العقد يعتبر وكالة لا شركة إذا كان أحد المصارف قد ألزم بالإشراف على إصلاح محلي علوكة لأحد عملائه ، على أن يستفله المصرف ، باسم مالكه وتحت مسؤوليته ، لمدة معينة يحصل فيها على جزء معين من الأرباح ، وعلى أن يقدم العميل صاحب المحالج رهنًا رسمياً لوفاء دينه . لمصرف (استئناف مخطط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٣٧ - أكرم أمين الخولي ققرة ١٥٢) ، وتكون الوكالة في هذه الحالة وكالة لصالح الموكل والوكيل معاً ، وهي وكالة بأجرة والأجر فيها جزء معين من أرباح المحالج - وقضى بأنه إذا نأب شخص عن محام في قبول القضاة والاتفاق فيها مع أربابها وتسليم النفوذ مقابل الثلث في جميع الإيراد ، كان ذلك وكالة لا شركة (جرجا ١٩ أبريل سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٥ رقم ١٠٥ ص ٣٠٥ - أكرم أمين الخولي ققرة ٩٥٢ ص ١٩١ حاشي ٢) - وإذا عهد شخص إلى آخر بتقسيم أرض وبيعها ، مع احتفاظه بملكية الأرض وتعهده بأن يدفع للشخص الآخر جزءاً من ثمن الأرض التي يبيعها أجراً له على عمله ، فالمقد وكالة لا شركة (استئناف مخطط ١١ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠١) .

(٢) بودرى وقال في الوكالة ققرة ٤٠٤ - جيجوار في الوديعة ققرة ٢٥ - بلانيرول وريبير وسافاتييه ١١ ققرة ١٤٣٥ - نقض فرنسي ١٥ يولييه سنة ١٨٧٨ دالوز ٧٩ - ١ - ١٧٩ - ١٩ - مارس سنة ١٩٢٩ سيرة ١٩٢٩ - ١ - ٢٢١ .

آخر لحفظه ، ووكله في الوقت ذاته بأن يدفع هذا المال بعد منقضية لوائحه له يستوفى منه حقه (١) . والحراسة ليست إلا ودیعة مقرنة بتوكيل الحارس في إدارة المال الموضوع تحت الحراسة (٢) .

٢١٦ - **التظيم الشرعي لعقد الوكالة** : نظم التقنين المدني الجديد عقد الوكالة تنظيماً منطقياً عالج فيه عيوب التقنين المدني القديم ، واستكمل ما نقص من نصوص هذا التقنين . وفصل في الوقت ذاته عقد الوكالة عن موضوع النيابة بوجه عام . ونجيزئ هنا بما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد :

« فصل المشروع عقد الوكالة عن موضوع النيابة بوجه عام . فوضع مبدأ النيابة وما يتصل بها من أحكام بين القواعد العامة للالتزامات . وجعل

(١) نقض ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٤ سريه ٩٥ - ١ - ٢٦٥ - باريس ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٩ سريه ١٩٣٠ - ٢ - ٨٦ - بلانيول وريير وسالتييه ١١ ققرة ١٤٣٥ .
(٢) نقض فرنسي ٦ مايو سنة ١٩١٤ فالور ١٩١٧ - ١ - ١٥٠ - بلانيول وريير وسالتييه ١١ ققرة ١٤٣٥ - وانظر في التمييز بين الوديعة والوكالة بودرى وقال في الوكالة ققرة ٤٠٤ - ققرة ٤٠٨ .

وقد يقع ليس بين الوكالة والرهن الجاهزى . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن عملية توريد أقطان إلى محل تجارى خلجها مقابل أجرة متفق عليها ثم بيعها حسب أسعار السوق ، والمحاسبة على ما يكون صاحب القطن بحبه مقدماً من ثمنها ، لا يمكن اعتبارها رهنًا ، وإنما هى وكالة بالعمولة (استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٥ ص ٩) . وقضت محكمة المنيا بأن الاتفاق في عقد فتح الاعتماد بين البنك والمعمل على أن يبيع الأول بضائع الثاني المودعة لديه تأميناً للحساب الجارى هو في الواقع وكالة من المعمل للبنك بالبيع ، فلا يتضمّن على هذا اتباع نص المادة ٧٨ من القانون التجارى الذى تلزم الدائن المرتهن بإصدار إذن من قاضى الأمور الوقتية ببيع الأشياء الموهوثة أو بعضها بالمزايدة العمومية (المنيا ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٢٩ الحاماة ١٠ رقم ١٦١ ص ٢٢١) - وانظر استئناف مخطط ١٨ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٢٥ ص ٣٧٣ - ١٩ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٤٠ - ٤ نونبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٠ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٨٨ - وانظر فيما يسمى *mandat in rem suam* : استئناف مخطط ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ١٠٠ - ٦ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٢٩ - ٢٨ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٩٧ .

وقضى من جهة أخرى بأن يعتبر الدائن المرتهن وكيلًا من الرهن ، وإن كان مستولا عما يستغله من الرهن ، إذ ذلك وحده لا يميز اختياره وكيلًا بحسب التصريف القانونى لوكالة (أسويط الكلية ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ٢١٩ ص ٤٠٤) .

عقد الوكالة في مكانه بين العقود المسماة التي ترد على العمل ، إذ الوكالة محلها عمل الوكيل . وقد روعي ، بعد فصل الوكالة عن النيابة ، ألا تتكرر النصوص في الموضوعين . فاختصت النيابة بالمبادئ العامة ، دون نظر إلى مصدر النيابة هل هو العقد أو القانون . وعرض المشروع فيها بنوع خاص إلى أثر النيابة في العلاقة مع الغير الذي يتعاقد معه النائب . أما الوكالة ، فباعتبارها عقداً بين الوكيل والموكل ، فقد تركزت فيها أحكام النيابة مخصصة من ناحيتين ، من ناحية المصدر فهي نيابة اتفائية مصدرها العقد ، ومن ناحية الأثر فهي تعف بنوع خاص عند أثر النيابة في علاقة الوكيل بالموكل أى النائب بالأصيل . أما العلاقة بالغير فقد وردت في الوكالة أحكامها الخاصة بالنيابة الاتفائية ، مع الإحالة على مبدأ النيابة بوجه عام في الأحكام الأخرى .

« وقد راعى المشروع أن يرتب نصوص عقد الوكالة ترتيباً منطقياً لاجتماعه في التقنين الحالي (القديم) » فعرض في فصول ثلاثة لإنشاء عقد الوكالة ، وما يترتب عليها من أثر ، وكيف تنتهى . وفي إنشاء العقد فرق المشروع بين الوكالة الخاصة والوكالة العامة . وفي الآثار عرض للالتزامات كل من الوكيل والموكل ، ثم لأثر الوكالة بالنسبة للغير . وبين في النهاية الأسباب التي تنتهى بها الوكالة ، فظهر منها أن الوكالة عقد غير لازم ، فلموكل أن يعزل الوكيل ، وللوكيل أن يتنازل عن الوكالة .

« وإذا قورنت نصوص المشروع بنصوص التقنين الحالي (القديم) ، يتبين أن المشروع قد عالج عيوباً في نصوص التقنين الحالي (القديم) من وجوه ، واستكمل الناقص في هذا التقنين من وجوه أخرى . »

« فقد عالج العيوب من وجوه أهمها ما يأتي » :

١ - عرف المشروع الوكالة ، فبين أن الوكيل يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل . والتقنين الحالي (القديم) يطلق في عمل الوكيل فلا يقيده بالعمل القانوني ، ويقيده في كيفية إجراء العمل فيقتضى من الوكيل أن يعمل باسم الموكل . وكل من هذا الإطلاق والتقييد غير صحيح ، فالوكيل إنما يقوم بعمل قانوني ، وهذا ما يميز الوكالة عن عقد العمل . وإذا كان يعمل دائماً لحساب الموكل ، فليس من الضروري أن يعمل باسمه . فقد يعمل الوكيل باسمه الشخصي ، وهذا ما اصطلاح على دعوته « بالاسم المستعار » . والاسم

المستعار وكيل كسائر الوكلاء ، يتسع له تعريف المشروع ، ويضيق عنه تعريف التقنين الحالي (القديم) وإن كان هذا التقنين يشير إليه إشارة مقتضية في أحد نصوصه (م. ٥٢٣/٦٤٨) . ولا يختلف الاسم المستعار عن سائر الوكلاء في علاقته مع الغير ، ولذلك لم يخص المشروع له مكاناً في عقد الوكالة . وإنما يتميز بأحكام خاصة في علاقته مع الغير ، وهذا مكانه في النيابة بوجه عام حيث نجد في المشروع نصاً خاصاً به (م ١٥٩ أى ١٠٩ مدني) . وقد أحيل في الوكالة على هذا النص .

٢- جانب المشروع ، في تحديد مسؤولية الوكيل عن تنفيذ الوكالة ، أن يجعل الوكيل مسئولاً عن التقصير اليسير أو التقصير الجسيم تبعاً لما إذا كان مأجوراً أو غير مأجور . وقد ترك هذا المعيار القديم الذي أخذ به التقنين الحالي (القديم) إلى معيار يتمشى مع التطور الحديث والنظريات العلمية .

٣- قيد المشروع من حرية القاضي في تقدير أجر الوكيل إذا كان هذا الأجر متفقاً عليه ، فلم يطلق هذه الحرية كما فعل التقنين الحالي (القديم) . بل قيدها بأن منع القاضي من التقدير إذا دفع الأجر طوعاً بعد تنفيذ الوكالة . وهذا القيد إنما هو تقنين لما جرى عليه القضاء المصري في هذه المسألة . « واستكمل المشروع الناقص في التقنين الحالي (القديم) من وجوه أهمها ما يأتي :

١- أوجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة .

٢- يبين ما يترتب من الأحكام على تعدد الوكلاء وتعدد الموكلين من حيث التضامن ومن حيث انفراد أحد الوكلاء بالعمل .

٣- جعل الموكل مسئولاً عما يصيب الوكيل من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً^(١) .

٢١٧ - خطة البحث : ونبحث عقد الوكالة في فصول ثلاثة :

الفصل الأول - في أركان الوكالة .

الفصل الثاني - في الآثار التي تترتب على الوكالة .

الفصل الثالث - في انتهاء الوكالة .

الفصل الأول

أركان الوكالة

٢١٨ - تطبيق الفراهه العامة : أركان الوكالة ، كما في سائر العقود ، التراضي والمحل والسبب . وفي خصوص السبب نجعل إلى النظرية العامة^(١) . ويبقى بعد ذلك التراضي والمحل . وعمل الوكالة بالنسبة إلى التزامات الوكيل هو التصرف القانوني الذي يقوم به الوكيل . أما التزامات الموكل من دفع الأجر ورد المصروفات والتعويض عن الضرر فليست محتمة ، إذ هي قد تتحقق وقد لا تتحقق ، وكل التزام له محله ويكون الكلام فيه عند الكلام في هذا الالتزام . ومن ثم نقصر الكلام ، في أركان الوكالة ، على التراضي والتصرف القانوني محل الوكالة .

(١) انظر استئناف غنطل ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٣٤ - ويتصل بالسبب في الوكالة الشخص الذي تنفذ الوكالة لمصلحته . والأصل أن الوكالة تنفذ لمصلحة الموكل . وقد تنفذ لمصلحة كل من الموكل والوكيل ، كما إذا وكل شخص دائنه في بيع مال له ليتقاضى حقه من ثمنه ، أو وكل أحد الشريكين في الشبوع الشريك الآخر في إدارة المال الشائع (جيوار فقرة ١٧ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٦١) . ولا تنفذ الوكالة لمصلحة الوكيل وحده ، فلا تكون هناك وكالة إذا أشار شخص على آخر أن يعقد لنفسه صفقة رابحة (جيوار فقرة ١٧ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٦٢ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٢) .

وقد تنفذ الوكالة لمصلحة الموكل والتبر ، كما إذا وكل شخص شخصاً آخر في بيع مال له ليلسد من ثمنه ديناً في ذمته الغير ، فالوكالة انتقلت هنا لمصلحة كل من الموكل ودائته الذي سيستوفى حقه من الثمن . وإذا عهد شخص إلى آخر في أن يقوم بتصرف قانوني لمصلحة الغير وحده ، كان هذا اشتراطاً لمصلحة الغير لا وكالة . ويتصور أن تكون هناك وكالة لمصلحة الغير وحده ، ويتحقق ذلك فيما إذا قام الغرض بإدارة عمل الغير ، ووكيل شخصاً آخر عنه في إدارة هذا العمل أو في المضي فيه (انظر في هذا المسمى ترولون فقرة ٣٦ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٦١ - وانظر أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٢ وهانش ١٧-١٨ - أنيكلوبيدي دالووز ٣ لفظ Mandat (فقرة ٨١) - وإذا انتقلت الوكالة لمصلحة الموكل والتبر ، جاز لكل منهما مطالبة الوكيل بتنفيذ الوكالة ، الموكل بموجب عقد الوكالة ، والتبر بموجب الاشتراط لمصلحته . وقد نصت المادة ٨٠١ من تقنين الموجبات والمقود البناني على أنه ولا يحق لشخص ثالث أن يقيم الدعوى على الوكيل لإجباره على تنفيذ الوكالة ، إلا إذا كانت معودة لمصلحة ذلك الشخص أيضاً .

الفرع الأول

التراضى فى الوكالة

٢١٩ - محتواه : نبأ فى التراضى : (١) شروط الانعقاد .
(٢) وشروط الصحة .

المبحث الأول

شروط الانعقاد

٢٢٠ - نوافى الموجب والقبول : يجب لانعقاد الوكالة توافق الإيجاب والقبول على عناصر الوكالة ، فىم التراضى بين الموكل^(١) والوكيل^(٢) على

(١) وبصح أن يكون الموكل شخصاً متدياً ويصدر التوكيل من مجلس إدارته إذا كان هذا المجلس هو الذى يمثل قانوناً . وقد قست محكمة النقض بأنه ليس فى القانون ما يمنع من عمل مجلس إدارة الجمعية التناوبية ممارسة حق تفرده القواعد العامة - وهو جواز الوكالة فى كل الأعمال القانونية - بالرغم مما نصت عليه المادة ٥٩ من القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٤ من أن مجلس الإدارة هو الذى يمثل الجمعية أمام القضاء ، إذ لم يقصد به سوى عدم انفراد رئيس الجمعية بأعمالها ، فإذا أُناب مجلس الإدارة رئيس الجمعية فى اتأاذ الإجراءات القانونية المؤدية للحصول على تمويض ، فإن الدعوى التى يرفها باعتباره نائباً عن الجمعية وممثلاً لها تكون مقبولة (نقض مدنى ١٥ يونيو سنة ١٩٩١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٨٢ ص ٥٤٥) .

(٢) وقد قست محكمة النقض بأن الوكالة عقد لا يتم إلا بقبول الوكيل ، فإذا لم يثبت هذا القبول من إجراء العمل الموكل فيه أو من أى دليل آخر مقبول قانوناً انتفت الوكالة ولم يبق إلا مجرد إيجاب منها من الموكل لم يقترن بقبول من الوكيل . وإذن ففى كان المطعون عليهم قد طعوا بعدم قبول استنأاذ الطاعن شكلاً لرفعه بمد اليماد القانونى ، وكان الطاعن قد تمسك بأن الشخص الذى وجه إليه إعلان الحكم المستأنف ليس وكيلاً لأن الوكالة لم تنعقد إطلاقاً لانعدام قبول الوكيل ، وبأن مجرد صدور التوكيل منه لا يثبت قيام الوكالة إذا كانت لم تقبل من الوكيل ولم يصدر منه أى عمل يفيد هذا القول ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بعدم قبول الاستئناف شكلاً على اعتبار الوكالة قائمة بمجرد صدور التوكيل الرضى من جانب الطاعن دون أن يحمل بتحقيق دفاعه ، فإن هذا الحكم يكون ميباً بمخالفته القانون والتصور فى التسبب (نقض مدنى ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٤٩ ص ١٩١) .

وقد يجبر الوكيل على قبول الوكالة . فقد نصت المادة ٣٧ من قانون الحماية رقم ٩٦ -

ماهية العقد والتصرف القانوني أو التصرفات القانونية التي يقوم بها الوكيل والأجر الذي يتقاضاه إن كان هناك أجر . ويكون كل ذلك خاضعاً للقواعد العامة المقررة في نظرية العقد^(١).

فيجوز التعبير عن الرضا صراحة أو ضمناً^(٢) . وسرى عند الكلام في الوكالة الضمنية^(٣) أن رضا كل من الموكل والوكيل بالوكالة يصح أن يكون ضمناً^(٤) . بل يصح ألا يصدر رضا من الموكل أصلاً ومع ذلك ينصرف إليه أثر التصرف الذي عقده الوكيل ، كما سرى عند الكلام في

سنة ١٩٥٧ على ما يأتي : «يقوم المحامي المنتدب عن الفقير أمام المحاكم المدنية أو الجنائية بالدفاع عنه مجاناً . ومع ذلك يجوز له أن يقدر أتعابه ضد الخصم المحكوم عليه بالمعروفات . وله على كل حال الرجوع على من قدب عنه ومطالبته بالأتعاب إذا زالت حالة فقره مع مراعاة ما جاء بالمادة ٣٧٦ من قانون الإجراءات الجنائية - ويجب أن يقوم بما تكلفه به لجنة المساعدة القضائية أو المحكمة ، ولا يسوغ له أن يتنحى عنه إلا لأسباب تقبلها اللجنة المذكورة أو المحكمة المنطوقة أمامها الدعوى - وبقي من التنب في القضايا الجنائية والمدنية المحامون المقرونون أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا أو اللذين مضى على تقديم في جدول المحامين عشرون سنة ، غير أن هذا الإعفاء لا يسرى على القضايا المدنية أمام محكمة النقض . - ونصت المادة ٣٨ من نفس القانون على ما يأتي : «يجلس النيابة أن يكلف أحد المحامين للدفاع عن خصم لا يجد من يقوم بالدفاع عنه . (١) وقد قضى بأن من يتولى جمع إعانات لعمل معين يكون وكيلًا عن المكتتبين ، فإذا لم يتم العمل كان لكل مكتتب الحق في أن يطلب تقديم حساب من الوكيل وأن يسترد ما دفعه (أسبوط جزئي ٣١ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٨٢ ص ٧٦٧) .

(٢) ويقع في بعض الأحيان أن يسلم شخص لأخر ختمه للتوقيع به عند إبرام الأول تصرفات قانونية بالنيابة عن الثاني . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن تسليم الختم لأخر ليقوع به على عقد بيع يعتبر توكيلاً بالنيابة (استئناف وطني أول يناير سنة ١٨٩٣ الحقوق ٩ ص ١٩٣) . وقضت أيضاً بأن يمد الأخ وكيلًا إذا كان ختم أخته بين عتده مدة ، ولما تسلمته منه أعطى لها تمهيداً مفاده بطلان أية شروط بيع أوسندات أخرى تظهر مخومة بذلك الختم (استئناف وطني ٣١ يناير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٢٢٣) . وقد قضى بأنه إذا حول حق لدائن ضائفاً لدينه وكان الدين أقل من الحق ، اعتبر الدائن وكيلًا في قبض الباقي وكالة ضمنية ، ومن ثم تكون له مطالبة المحال عليه بكل الحق (استئناف مخطط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١ - أول أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٨) .

(٣) انظر مايلي فقرة ٢٢١ .

(٤) ولكن لا يعتبر رضا ضمناً أن يكون هناك أمر مشترك بين عدة أشخاص لكل منهم وكيل ، فيتممون وكيل أحدهم مع الوكلاء الآخرين ، ولا يفهم من مجرد هذا التمام أن يكون الوكيل وكيلًا أيضاً عن الأشخاص الآخرين (استئناف مخطط ١٠ يونيو سنة ١٩٤٨ م ٩٠ ص ١٤٣) .

الوكالة الظاهرة وفي مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة . وسواء كان رضاء الموكل صريحاً أو ضمنياً ، فإنه يجب أن يسبق التصرف القانوني الذي يعقده الوكيل ، فإن كان لاحقاً له لم تكن هناك وكالة بل فضالة . وكان رضاء رب العمل نراراً لعمل الفضولي^(١) . ويترتب على ذلك أنه لا يكفي أن يقوم شخص بتصرف قانوني لحساب آخر وباجته حتى تكون هناك وكالة ، ولو كان هذا الشخص قد قام بالتصرف القانوني بعلم رب العمل ودون معارضة منه^(٢) . وإنما تكون هذه فضالة ، ولا تكون وكالة إلا إذا تراضى الموكل والوكيل على الوكالة تراضياً فعلياً قبل أن يقوم الوكيل بالتصرف القانوني^(٣) . كذلك يجب أن يصدر رضاء الوكيل ، سواء كان هذا الرضاء صريحاً أو ضمنياً ، قبل وقوع حادث يكون من شأنه إنهاء الوكالة لو أنها انعقدت ، كوت الموكل أو فقده لأهليته^(٤) .

ويجب التراضي على ماهية العقد ، فلو حول دائن لشخص حقه على سبيل الوكالة في قبضه ، وقبل هذا الشخص التعاقد على أنه حوالة حتى أي بيع للحق ، لم تكن هناك وكالة ولا حوالة ، ولم يكن هناك تعاقد أصلاً لعدم التراضي على ماهية العقد .

ويجب التراضي على التصرف القانوني المطلوب القيام به ، فلو وكل شخص شخصاً آخر في شراء سيارة من «ماركة» معينة ، فقبل الآخر الوكالة معتقداً أن السيارة المطلوب شراؤها من «ماركة» أخرى ، لم تنفذ الوكالة لعدم التراضي على المحل . كذلك يجب التراضي على الأجر الذي يتقاضاه

(١) ويحصل الفضالة بهذا الإقرار إلى وكالة . وقد جاء في المادة ٩٢٨ من مرقا في هذا المسمى ما يأتي : . . . والإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة . . .

(٢) أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٦ - أكم أمين التحول فقرة ١٥٩ وانظر استئناف غطط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٥١ (دون حل) .

(٣) بيدان ١٢ فقرة ٣٠٠ - بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٠ ص ٨٧٠ هامش ٢ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٨٢ - نقض فرنسي ١٠ أبريل سنة ١٨٥٤ دالوز ٥٤ - ١ - ١٨٣ - وانظر مع ذلك نقض فرنسي ٢٤ أبريل سنة ١٨٨٢ دالوز ٨٢ - ١ - ٢٨٨ - أول يوليو سنة ١٩٣٥ دالوز الأسبوعي ١٩٣٥ - ٥٠٧ - وقانون محمد علي مرقا ص ٣٥٨ - ص ٣٥٩ .

(٤) بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٢ .

الوكيل ، إن كانت الوكالة مأجورة . وسرى أنه يجوز عدم الاتفاق على الأجر ومع ذلك يفهم من الظروف وبخاصة من مهنة الوكيل أن الوكالة مأجورة ، فيتولى القاضى تقدير الأجر : وسرى كذلك أن الوكالة تكون فى الأصل تبرعية ، فإذا لم يتفق المتعاقدان على أجر ولم يفهم من الظروف أن الوكالة مأجورة ، انعقدت الوكالة دون أجر . لكن الوكالة لا تنعقد إذا اتفق المتعاقدان على أن تكون الوكالة بأجر وتفاوضا فى تقدير هذا الأجر فلم يصل إلى اتفاق فى هذا الشأن^(١) .

٢٢١ - **الوكالة الضمنية** : قدمنا^(٢) أن رضاء كل من الموكل والوكيل يصح أن يكون ضمناً ، فتكون الوكالة فى الحالتين وكالة ضمنية (mandat tacite)^(٣) . أما أن يكون رضاء الوكيل ضمناً . فقد ورد فى هذا المعنى نص فى المشروع التمهيدى للتنتين المدنى . إذ كانت المادة ٩٧٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « ١ - يجوز أن يكون قبول الوكيل ضمناً ، كما لو قام بتنفيذ الوكالة . ٢ - وتعد الوكالة مقبولة إذا تعلق بأعمال تدخل فى مهنة الوكيل أو كان قد عرض خدماته علناً بشأنها ، هذا ما لم يرد الوكالة فى الحال^(٤) . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا

(١) ويصح أن تكون الوكالة مطلقة على شرط واقف أو فلسخ ، وأن تكون مضافة إلى أجل واقف أو فلسخ . وقد نصت المادة ٧٧١ من تقنين الموجبات والقيود البنائى فى هذا المعنى على أنه « يجوز أن تكون الوكالة مقيدة بشرط ، وأن يعمل بها ابتداء من أجل معين أو إلى أجل معين » .

وتسرى القواعد العامة فى تفسير الوكالة . فإذا كانت المحكمة قد اعتصمت فى تفسيرها عقد الوكالة على عبارة التوكيل وعلى قصد المتعاقدين المضاد من الوقائع والملازمات التى اتصلت بتصرف الوكيل ، وكان ما انتهت إليه متسقاً مع الوقائع التى استندت إليها وغير متنافر مع نصوص عقد الوكالة ، فذلك من شأنها ولا عقب عليها فيه لهجة النقض (نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٤٤ الحامى ٢٦ رقم ٢٢٤ ص ٥٩٢) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٠ .

(٣) ويلب أن تطلق عبارة الوكالة الضمنية على الوكالة التى يكون رضاء الموكل فيها ضمناً (بوردى وقال فى الوكالة فقرة ٤٨١ ص ٢٥١) . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن تسمى الوكالة التى يكون رضاء الوكيل فيها ضمناً بالوكالة الضمنية (بلانيول وريبير وسافرانيه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٦) .

(٤) مجموعة الأعمال التفسيرية ص ١٨٧ فى المائش . وقد نصت المادة ٩٢٩ من التقنين -

النص : « ولما كانت الوكالة عقدًا ، وجب أن يرضى بها كل من الوكيل والموكل ، وأكثر ما يكون رضا الموكل إيجاباً ورضاء الوكيل قبولاً . وقبول الوكيل قد يكون صريحاً أو ضمناً . ويعتبر قبولاً ضمناً من الوكيل أن يقوم بتنفيذ الوكالة . وهذا تطبيق للمبدأ العام المنصوص عليه في المادة ١٤٣ من المشروع . كما يعتبر سكوت الوكيل قبولاً إذا تعلقت الوكالة بأعمال تدخل في مهته ، كما هو الأمر في الحامى والوكيل بالعمولة : انظر م ١٤٢ من المشروع ، أو كان قد عرض خدماته علناً بشأنها : انظر م ١٣٦ من المشروع »^(١) . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة »^(٢) . ولما كان النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فإنه يمكن العمل به بالرغم من حذفه . من ثم يجوز أن يكون رضا الوكيل ضمناً . وأظهر تطبيق لذلك هو ما ورد في النص المحذوف من أن يتلقى الوكيل التوكيل من الموكل ، فلا يصدر منه قبول صريح ، وإنما يعمد إلى تنفيذه ويقوم فعلاً بالتصرف القانونى الوارد في التوكيل ، فيكون هذا رضا ضمناً بالوكالة . ويتطلب في العمل أن يقع الأمر على هذا النحو ، فالموكل يكتب التوكيل عادة وبمضيه وحده ويسلمه إلى الوكيل ، فإذا قبل هذا الوكالة فإنه لا يمسح الورقة مع الموكل ، بل يعمد إلى تنفيذ الوكالة ويكون هذا التنفيذ هو القبول الضمنى للوكالة^(٣) . وقد أورد النص المحذوف تطبيقين آخرين لقبول الوكيل الضمنى ، يمكن استخلاصهما هما الآخريين من القواعد العامة . فذكر النص أن الوكالة تعد مقبولة إذا تعلقت بأعمال تدخل في مهنة الوكيل ، كما هو الأمر في الحامى والوكيل بالعمولة ، وذلك ما لم يرد الوكالة في الحال^(٤) . وليس هذا إلا تطبيقاً للفقرة

= المنفى العراق على ما يأتي : ١ - تنفيذ الوكالة يعتبر قبولاً لها . لكن إذا ردت الوكالة بعد العلم بها ارتدت ، ولا عبرة بتنفيذها بعد ذلك . ٢ - وإذا تعلقت الوكالة بأعمال تدخل في مهنة الوكيل ، أو كان الوكيل قد عرض خدماته علناً بشأنها ، ولم يرد الوكالة في الحال ، عدت مقبولة . ٣ - ونصت المادة ٧٦٩/٢ من نقتن الموجدات والمقود البنائى على ما يأتي : « ويجوز أن يكون قبول للوكالة ضمناً ، وأن يستفاد من قيام الوكيل بها » .

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٥ ص ١٩١ .

(٢) مجموعة الأعمال التفسيرية ٥ ص ١٨٨ في الحامش .

(٣) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤٩٤ - بلانيول وريبير ومالاتيه ١١ فقرة ١٤٤٢ - كولان وكابيتان وحى لاموراندبير ٢ فقرة ١٣٤٤ - نقتن فرنسى ٨ و٩ يولي سنة ١٨٩٥ حافور ٩٦ - ١ - ٨٥ .

(٤) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤٩٧ ص ٢٦٤ - بلانيول وريبير ومالاتيه ١١ -

الأولى من المادة ٩٨ منى وتجرى بما يأتى : « إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ليبتظر تصريحاً بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب » . وذكر النص أيضاً أنه إذا عرض شخص خدماته علناً على الجمهور فى شأن الوكالة ، كما إذا أعلن شخص أنه مستعد لأن يكون وكيلاً عن منكوئى الحريق فى حى معين للمطالبة بحقوقهم ، فتقدم أحد هؤلاء المنكوئين بتوكيله ، فإن الوكالة تعد مقبولة ما لم ترد فى الحال^(١) . وليس هذا إلا تطبيقاً لمبدأ الدعوة إلى التعاقد ، فمن دعا إلى التعاقد ، واستجاب له شخص ، يعتبر قابلاً للتعاقد معه إلا إذا كان لديه مانع مشروع ورد التعاقد فى الحال . وفى جميع الأحوال لا تنجز الوكالة المعروضة على الوكيل ، فإذا قبل هذا قبولاً ضمنيّاً على النحو الذى قدمناه جزءاً من الوكالة اعتبر أنه قد قبل الأجزاء الأخرى ، ويكون غلّا بالترامه إذا لم ينفذ جميع ما اشتملت عليه الوكالة^(٢) . وأما أن يكون رضاه الموكل ضمنيّاً ، فذلك ما يقع عادة إذا كانت صلة الموكل بالوكيل من شأنها أن تسمح باستخلاص هذه الوكالة الضمنية من جانب الموكل^(٣) . ويتحقق ذلك فى فروض كثيرة نذكر منها :

= فقرة ١٤٤٢ - نقض فرنسى ١٨ فبراير سنة ١٨٥١ دالوز ١ - ٢٩٩ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٩ - ١ - ٤١٣ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١ - ٣٢ .
(١) جيبوار فقرة ٤٥ - بودوى وقال فى الوكالة فقرة ٤٩٩ .
(٢) بودوى وقال فى الوكالة فقرة ٤٩٥ - السين ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٣ جازيت دى پاليه ٩٤ - ١ - ٥٥ .

(٣) وقد يكون رغبة الموكل مستخلصة من إذنه الوكيل أو من أمره له فى أن يقوم بالعمل . وقد نصت المادة ٩٢٨ منى عراقى فى هذا الصدد على ما يأتى : « الإذن والأمر يعتبران توكيلاً إذا دلت القرينة عليه . والإجازة اللاحقة فى حكم الوكالة السابقة . أما الرسالة فلا تعتبر توكيلاً » . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه يجوز أن يكون التوكيل ضمنيّاً ، ويثبت بالنية بالنسبة إلى الغير إذا كانت توجد قرائن قوية تدل على صحة التوكيل كملاقة أوقراطية (استئناف مصر ٧ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٩ ص ٥٥) . وانظر فى هذا المعنى مصر الوطنية ٢٥ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٢٦٦ ص ٦٠٣ - المتصورة الكلية الوطنية ٦ فبراير سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٥ رقم ٧٨ ص ٢١٦ - لتتلاف مخطوط ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ تم ٦١ ص ٧٧ .

ومع ذلك فانظر فى أن رضاه الموكل لا يجوز أن يكون ضمنيّاً بل يجب أن يكون صريحاً ، وفى تنقيح حالات الوكالة الفنية التى يستخلص فيها رضاه الموكل الفنى جوسران ٢ فقرة ١٤٠٥ -

١- الوكالة الضمنية الصادرة لخدم المنزل ، فالمفروض أن الخادم وكيل عن سيده في شراء الحاجات المنزلية المألوفة^(١) . ولا تفترض هذه الوكالة إذا كان الشراء بالنسيئة ، إلا إذا جرت عادة السيد أن يشتري نسيئة^(٢) .

٢- الوكالة الضمنية الصادرة من الزوج لزوجته (mandat domestique) في شراء الحاجات المنزلية والمفروشات والأمتعة التي تقتضيها عادة الحياة الزوجية^(٣) ، وفي دفع المصروفات المدرسية للأولاد^(٤) ، وأجرة الطبيب وثمان الأدوية^(٥) ، وغير ذلك مما يكون من المألوف أن تشتريه الزوجة لحساب الحياة الزوجية ، وذلك في غير إسراف وبالقدر الذي يتناسب مع موارد الزوج المالية^(٦) ، ويترك ذلك لتقدير قاضي الموضوع^(٧) . ولا تقوم

= فقرة ١٤٠٦ - وانظر في انقضاء فكرة الوكالة الضمنية Lecomete في الوكالة المنزلية للمرأة المتزوجة باريس سنة ١٩٣٧ ص ١٢ وما بعدها - أكم أمين الحقوق فقرة ١٧٦ ص ٢٢١ .

(١) السنين ٢٠ مايو سنة ١٨٩٣ La Loi ٢٠ يولي سنة ١٨٩٣ - ١ مارس سنة ١٩٢٣ دالوز: ١٩٢٣ - ١٠ - ٥ - باريس ١٢ يناير سنة ١٩٣٥ جازيت دي باليه ١٩٣٥ - ١ - ٤٧٣ - أوبري ورو وإسان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٥٥ هامش ١ - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ .

(٢) السنين ١٠ فبراير سنة ١٨٩١ جازيت دي باليه ٩١ - ١ - ٤٢٢ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٨ جازيت دي باليه ١٩٢٩ - ١ - ٥٨٦ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٨٧ - أوبري ورو وإسان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٥٥ هامش ١ - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ - بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٣٠ .

(٣) باريس ٥ يناير سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ٢ - ٢٤٩ - السنين ٩ يونيو سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٥ - ٥ - ٢٦ - دهرانتون ١٤ فقرة ٢٥٠ - ديغولوسب ٤ فقرة ١٦٩ - فقرة ١٧٠ - لودان ٢٢ فقرة ١٠٨ - جيوار فقرة ٤٩ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٣ - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٦ - ص ٨٨٧ - أوبري ورو وإسان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٥٥ هامش ١ - بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٣٠ - أما وكالة الزوج عن زوجته فلا تستخلص ضماناً من مجرد قيام رابطة الزوجية (نقض منذ ١٢ مارس سنة ١٩٥٢ بمجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠٣ ص ٦٠١) . ونقض بالأ بتبر الزوج وكيلاً عن زوجته إلا بتوكيل صريح (مصر الوطنية ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩١ المقتوق ٦ ص ١٤٠١) . (٤) مارسيليا ٢٠ فبراير سنة ١٨٨٩ مجموعة أحكام إكس ٨٩ - ٢ - ٢٨ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٤ .

(٥) بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٤ .

(٦) السنين ١٤ يناير سنة ١٨٩٣ La Loi ٢٠ مارس سنة ١٨٩٣ - باريس ٥ فبراير سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٥ - ٢ - ٤٩٥ - ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٦ - ٢ - ١٢٣ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٥ .

(٧) نقض فرنسي ١٦ يولييه سنة ١٨٨٩ سيرييه ٩٠ - ١ - ١١٥ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٥ .

الوكالة الضمنية إذا تركت الزوجة منزل الزوجية وكانت ناشزا^(١) ، أو كانت تنقض نفقة من زوجها^(٢) ، أو أرسل الزوج إخطاراً للتاجر بأن الزوجة ليست وكيلة عنه^(٣) . ولا تقوم الوكالة الضمنية إذا كانت المرأة خلية لازوجة ، إلا إذا اشتهرت بأنها زوجة شرعية^(٤) . وتقوم الوكالة الضمنية للزوجة في أعمال التجارة إذا كانت تساعد زوجها في تجارته^(٥) . وكذلك تقوم الوكالة الضمنية للأولاد القصر عن أبيهم فيما يشترونه من حاجيات يومية^(٦) .

٣- الوكالة الضمنية الصادرة من الخدم للمستخدم في الشؤون التي يستخدم فيها هذا الأخير ، فيما جرت العادة أن ينوب فيه المستخدم عن الخدم . فالخامى ينوب عنه وكيل مكتبه ، والطبيب ينوب عنه « تمرجي » عيادته ، والتاجر ينوب عنه مستخدمو المتجر^(٧) ، وناظر العزبة

(١) باريس ٧ و ٢٦ مارس سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ٥ - ٢٥٧ - بودرى وفال في الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٦ .

(٢) باريس ٢٥ مايو سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٩ - ٢ - ٣٠٩ - بودرى وفال في الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٦ .

(٣) نقض فرنسي ١٢ يناير سنة ١٨٧٤ سيويه ٧٤ - ١ - ٣٩٥ - بودرى وفال في الوكالة فقرة ٤٨٥ .

(٤) السين ٣٠ يولييه سنة ١٩٢٣ جازيت دي پاليه ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٣ - ١٠ مارس سنة ١٩٢٤ جازيت دي تريييتو ١٠ - ١١ سجنبر سنة ١٩٢٤ - ٥ مايو سنة ١٩٢٦ دالوز الأسبوعي ١٩٢٦ - ٤٢٩ - باريس ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٣ جازيت دي پاليه ١٩٢٤ - ١ - ١٨٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ وهلمش ١- سرقادن بودرى وفال في الوكالة فقرة ٤٨٦ مكررة ثالثاً .

(٥) نقض فرنسي ٢٨ أغسطس سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ٣٩٦ - باريس ٩ يناير سنة ١٩٢٨ الأسبوع القضائي (Sem.jur.) ١٩٢٨ - ٣٢٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ .

(٦) السين ١٨ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت دي پاليه ١٩٣٠ - ١ - ٦٠١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ - أما بالنسبة إلى الأولاد الباقى سن الرشد فلا تقوم الوكالة الضمنية .

(٧) باريس ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ جازيت دي تريييتو ٢٣ يناير سنة ١٩٢٩ - بودرى وفال في الوكالة فقرة ٤٨٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن يتبرئوكيلا ضمنياً ملزماً للموكل كالتوكيل الصريح حالة ما إذا كان الموظف ممثلاً رئيساً لفرع عمل تجارى ، ويعمل بالنسبة إلى علاقته -

ينوب عن صاحبها^(١) ،

٤ - الوكالة الضمنية الصادرة من الشركاء في الشيوخ لشريك لهم في إدارة المال الشائع ، تطبيقاً للفقرة الرابعة من المادة ٨٢٨ مدني وتجري بما يأتي :
« وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين ، عد وكيلاً عنهم »^(٢).

٥ - الوكالة الضمنية الصادرة للمحضر في قبض الدين من المدين الذي يعلنه وفي إعطائه مخالصة ، وذلك إذا أراد المدين أن يدفع الدين للمحضر^(٣).

مع التجار والمصارف باسمه وحساب ولصالح هذا المحل ، فيشترى البضائع المرسله ويدفع ثمنها من أموال المحل المودعة تحت تصرفه في أحد المصارف كما يحسب عليها بإمضاء الشركة ومن غير أي معارضة من المحل على تصرفاته هذه . ولهذا فالمستندات التي يمررها الوكيل بتوكيل ضمني تكون حجة على الموكل ، خصوصاً إذا كانت تحورت بسبب مشتريات لمصالح المحل (استئناف مخطط ٦ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٦٤) . ومع ذلك انظر في أن رئيس فرع للبيعات في محل تجاري لا يملك أن يعقد باسم المحل التزاماً لأجل : استئناف مخطط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٣٢ ص ١٤٦ .
ولكن البواب لا يكون وكيلاً عن صاحب المبرة في قبض الأجرة من السكان إلا إذا فوض في ذلك (السين ١٦ فبراير سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٩ - ٢ - ١٤٠ - يلائيول وريبير وسافانييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٩ هامش ٥) .

(١) ويبدو أنه لا مانع من اعتبار أن هناك توكيلاً ضمناً لناظر المبرة في شراء البنود والمواشي والأسمدة ، وفي التعاقد لري الأرض وتأجير محال الزراعة وغير ذلك من الأعمال التي تدخل في نطاق عمله (استئناف مخطط ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢١ - محمد علي عرفة ص ٣٥٧) - ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن ناظر الزراعة لا يعتبر وكيلاً عن المالك ، فتصرفاته في غير الأعمال الزراعية هي أعمال تهيئية خاضعة لقبول المالك أو رفضه ولو أعطى الناظر المذكور لنفسه صفة « وكيل دائرة » ، ولا يمكن اعتبار الورقة الصادرة من مثل هذا الشخص مبدأً لثبوت بالكتابة ببيع الإثبات بالبيئة في حق المالك ، لأنه يشترط أن تكون الأوراق التي تعتبر مبدأً لثبوت بالكتابة صادرة من نفس المصم المراد الإثبات منه وهي صادرة من شخص لا صفة له في إصدارها بالتوكيل (استئناف مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٢٩ ص ١٠٤٤) - وعلى كل حال لا يجوز لناظر الزراعة التصرف أو الهبة ولو في صورة صلح (استئناف مخطط ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢١ وهو الحكم السابق بالإشارة إليه) ، وليس له حق التقاضي باسم الموكل (استئناف مخطط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٤٦) .
(٢) وانظر أيضاً في هذا المعنى نقض فرنسي ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٨٧ دالوز ٨٨ - ١ - ٣٨٣ - يلائيول وريبير وسافانييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٩ .

(٣) نقض فرنسي ٣ أغسطس سنة ١٨٤٥ سيرييه ٤٠ - ١ - ٩٢٤ - يلائيول وريبير وسافانييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ - يلائيول وريبير وبولانييه ٣ فقرة ٢٠٣٠ - ولكن قارن نقض فرنسي ١٨ أبريل سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعي ١٩٣١ - ٣٢٣ - أنيسكليرييه دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٦٦ (مسألة واقع ترك التقدير قاضي الموضوع) .

واقضى الموضوع هو الذى يبت ، فى الحالات المتقدمة وغيرها من الحالات ، فيما إذا كانت هناك وكالة ضمنية ، على أن يبين فى أسباب حكمه قيام عناصر الوكالة ، وعلى أن يطبق تطبيقاً صحيحاً قواعد الإثبات^(١)

٢٢٢ - التوكيل على يامحه : يقع فى بعض الأحيان أن يصدر الموكل توكيلاً يترك فيه يياًضاً مخصصاً لاسم الوكيل فلا يذكر وكيلاً معيناً بالذات ، بل يترك الياض لكتابة اسم الوكيل فيما بعد ، وهذا ما يسمى بالتوكيل على يياض (mandat en blanc, blanc-seing).^(٢) ويكون ذلك عادة عندما يكون للعمل الموكل فيه حدود الأهمية ، ولا يعنى الموكل من يكون توكيله فيه فأى شخص يصلح أن يكون وكيلاً . مثل ذلك عضو فى مجلس إدارة إحدى الجمعيات أو أحد التوادى يعتذر عن عدم حضور جلسة بشخصه ، ويرسل المجلس الإدارة بتوكيل على يياض ، فيملأ مجلس الإدارة الياض باسم أحد أعضاء المجلس ليكون وكيلاً عن العضو الغائب فى خصوص أعمال هذه الجلسة المعنية . ومثل ذلك أيضاً أحد المساهمين فى شركة يدفع بتوكيل على يياض لمساهم آخر لحضور جلسة الجمعية العامة للشركة ، فيملأ المساهم الآخر الياض باسم أحد أعضاء الجمعية العامة ليكون وكيلاً عن المساهم الغائب . وهناك اعتراضان على هذه العملية . أحدهما قانونى ، هو أن الوكالة يدخل فيها الاعتبار الشخصى لذات الوكيل ولا يتفق هذا مع توكيل شخص غير معين بالذات . والاعتراض الثانى على ، هو أن توكيل شخص غير معين بالذات دليل على عدم اهتمام الموكل بالعمل الذى وكل فيه ، ويظهر خطر ذلك بوجه خاص فى التوكيل على يياض الذى يصدر من مساهمى الشركة ، فهم بذلك يدعون أمور الشركة تبت فيها أقلية منهم يسيطر عليها عادة مجلس الإدارة^(٣) .

(١) قفص فرنسى ٢٢ أكتوبر سنة ١٨٩٤ دافوز ٩٥ - ١ - ٢٢٦ - ١٥ يناير سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦ - ١ - ٤٥٥ - ١٩ فبراير سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٢٠٠ - ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٣٢ - ١٣ مايو سنة ١٩١٩ دالوز ١٩٢١ - ١ - ١٥٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ بقرة ١٤٥٥ - الواسطى ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٦ الحاماة ١٧ رقم ١٦٥ ص ٣٤٣ .

(٢) ترولون بقرة ١٠٣ - يون ١ بقرة ٨٦٠ - لوران ٢٧ بقرة ٣٩١ - جيوار بقرة ٣٩ - بودرى وقال فى الوكالة بقرة ٤٢١ وبقرة ٤٧٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ بقرة ١٤٤٣ .

(٣) حل أن القضاء الفرنسى لا يطلعلما ولات الجمعية العامة إلا فى الحالات التى يسه فيها -

ولكن يمكن تحليل العملية من الناحية القانونية على الوجه الآتي : للموكل في التوكيل على يياض قد وكل من دفع له هذا التوكيل - مجلس إدارة الجمعية أو المساهم الآخر - لافي القيام بالتصرف القانوني محل التوكيل ، بل في اختيار وكيل للقيام بهذا التصرف . فتكون هناك وكالتان . الوكالة الأولى صدرت من الموكل لمن تسلم التوكيل على يياض ، وعملها توكيل شخص عن الموكل في القيام بتصرف قانوني معين ، وهذه وكالة جائزة . والوكالة الثانية تنفيذ للوكالة الأولى ، فيوكل الوكيل شخصاً معيناً بنوب عن الموكل في القيام بالتصرف القانوني ، ويقبل هذا الشخص المعين الوكالة ، وهذه أيضاً وكالة جائزة^(١) .

= مجلس الإدارة استعماله لطريقة التوكيل على يياض للحصول على سلطات استثنائية (ديبري في القانون التجاري) ١٠٧٤ - أكم أمين المحل) ١٦٠ من ٢٠١ هامش (١) .

(١) بلائيول وديبري وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٤٣ من ٨٧٢ - نقض فرنسي ٤ أغسطس سنة ١٨٧٩ فالواز ٨٠ - ١ - ٥٩ - وتترتب في ذمة هذا الشخص المعين جميع التزامات الوكيل ، ويجب أن يؤدي للموكل - لا الوكيل الأول الذي اختار هذا الوكيل - حساباً عن الوكالة ، ولا يجوز القول بأنه لم يكن إلا اسماً مستعاراً لوكيل آخر (أنجييه ٥ مايو سنة ١٨٩١ مجموعة أحكام أنجييه ٩١ - ١٨٧ - بودري وفال في الوكالة فقرة ٤٢١) . وفي هذا يفرق عن نائب الوكيل ، فـ نائب الوكيل يؤدي حساباً للوكيل الأصيل لا للموكل (نقض فرنسي ٧ ديسمبر سنة ١٨٥٧ فالواز ٥٨ - ١ - ١١١ - بلائيول وديبري وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ من ٩٠٨) .

ويقرب من التوكيل على يياض التوكيل لحامله (mandat au porteur) ، فيعطى الموكل توكيلاً لحامله شخص دون أن يذكر اسمه ، ولهذا أولغايره من يسلم إليه التوكيل لحامله أن يقوم بتنفيذ الوكالة ، والحامل الأخير للتوكيل هو الذي يعتبر وكيلاً ويكون مسئولاً قبل الموكل . ويمكن تحليل التوكيل لحامله على أنه توكيل لحامل الورقة في أن يقوم بتنفيذ الوكالة بنفسه أو في أن يتب عنه في تنفيذ الوكالة شخصاً آخر هو الذي يسلمه الورقة (بلائيول وديبري وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٤٣ من ٨٧٢) . وبذلك يختلف التوكيل لحامله عن التوكيل على يياض ، إذ التوكيل لحامله يتضمن توكيلاً أصلياً وإثابة في التوكيل ، أما التوكيل على يياض فيتضمن وكالتين أصليتين . ومع ذلك فقد نقض بطلان التوكيل لحامله في وكالة بالمسولة لحاملها لأحد مكاتب الأعمال وصحة الوكالة على يياض (باريس ٢٣ مايو سنة ١٩١٩ سيرييه ١٩٢١ - ٢ - ٣٣ مع تعليق يتكاز - أكم أمين المحل فقرة ١٦٠) - وانظر Valleur في الاختيار الشخصي في العقود رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ فقرة ٤٨ : ويشير إلى Volrim وهو يذهب إلى أن التوكيل لحامله ليس من حالات إثابة الوكيل لغيره إذ أن هناك وكيلاً واحداً هو الحامل للتوكيل . وانظر في صحة كل من التوكيل على يياض والتوكيل لحامله أوبري ورو وإسان ٦ فقرة ٤١١ من ٢١١ : ويفررون أن للموكل يكون مسئولاً عن يوكله في أداء وظيفة تتعلق به ، سواء عين الوكيل بالاسم أو كان التوكيل على يياض .

وكما يجوز ترك بياض لاسم الوكيل ، يجوز كذلك ترك بياض للتصرف القانون محل الوكالة . فيوكل شخص شخصاً آخر معيناً بالذات في تصرف قانوني لا يعينه ، بل يترك بياضاً مملأه الوكيل بعد ذلك ويعين بنفسه التصرف القانوني الذي وكل في إيجرائه . والأصل في التوكيل على بياض في هذه الحالة أن يكون توكيلاً عاماً في عمل أو أكثر من أعمال الإدارة لم يستطع الموكل تحديدها مقدماً ، فترك بياضاً مملأه الوكيل بعد ذلك عندما تتحدد مهمته . فإذا تجاوز الوكيل حدود التوكيل بحسب ما تفاهم عليه مع الموكل ، لم يضار الغير حسن النية الذي تعامل مع الوكيل وهو مجاوز لحدود وكالته ، ونفذ أثر التصرف في حق الموكل^(١) . وليس لهذا الأخير إلا أن يرجع على الوكيل لإساءته ملء البياض بما لا يطابق الواقع . ويجب على الموكل ، حتى يستطيع الرجوع على الوكيل ، أن يثبت أولاً أنه دفع التوكيل إلى الوكيل وفيه بياض مخصص لتعيين محل الوكالة فيما بعد ، ولا يجوز إثبات ذلك إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها . لأنه يثبت عكس ما هو ثابت بالكتابة . فإذا فرغ الموكل من إثبات ذلك ، وجب بعد هذا إثبات حدود الوكالة حتى يمكن التثبت من أن الوكيل في ملأه للبياض قد تجاوز هذه الحدود ، ويعتبر التوكيل على بياض بعد ثبوته مبدأً ثبوت بالكتابة على أن ما قام به الوكيل كان في حدود الوكالة^(٢) .

٢٢٣ - شكل الوكالة - نص قانوني : تنص المادة ٧٠٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك »^(٣) .

(١) نقض فرنسي ١٣ فبراير سنة ١٨٨٣ دالوز ٨٤ - ١ - ٨٠ - بودوي وقال في الوكالة فقرة ٥٥٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٣ ص ٨٧٣ .

(٢) نقض فرنسي ٣ مايو سنة ١٨٤٨ دالوز ٤٨ - ١ - ١٤٥ - ١١ يولييه سنة ١٨٨٣ دالوز ٨٤ - ١ - ١٥١ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٩ - ١ - ٤٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٣ ص ٨٧٤ .

ويمكن كذلك تصور أن يكون التوكيل على بياض من ناحية اسم الوكيل ومن ناحية التصرف القانوني محل الوكالة ، وذلك في وقت واحد (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٣ ص ٨٧٤) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٧٥ من المشروع التمهيلي على وجه =

ولما كان الأصل في التصرفات القانونية أن تكون رضائية لاستتوجب شكلاً خاصاً ، فكذلك الأصل في الوكالة أن تكون هي أيضاً رضائية . فالوكالة في البيع أو الشراء ، والوكالة في الإيجار أو الاستئجار ، والوكالة في القرض أو الاقتراض ، والوكالة في عقود الصلح والمقاوله والعارية والوديعة والكفالة وغير ذلك من العقود الرضائية ، تكون رضائية مثل العقد الذي هو محل الوكالة ، ولا تستوجب شكلاً خاصاً لانعقادها . كذلك الوكالة في قبول الوصية ، وفي قبول الاشتراط لمصلحة الغير ، وفي تطهير العقار المرهون ، تكون رضائية مثل التصرف القانوني الصادر من جانب واحد الذي هو محل الوكالة ، ولا تستوجب شكلاً خاصاً لانعقادها . وهناك عقود شكلية تقتضي لانعقادها شكلاً خاصاً ، ورقة رسمية أو ورقة مكتوبة مثلاً ، فهذه تكون الوكالة فيها أيضاً شكلية^(١) .

= مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٣٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم جلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٩٠ - ص ١٩٢) .

ولا يقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم ، ولكن الحكم كان ممولاً به دون نص . ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٦٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٠٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل - ولكن النص تطبيق للقواعد العامة فيعمل به في العراق .

تقنين المورجيات والمقود البناني م ٧٧٥ : لا يجوز إعطاء الوكالة إلا بالعينة المتقضا للعمل
الذي يكون موضوع التوكيل ، ما لم يكن هناك نص قانوني مخالف . (وأحكام التقنين اللبناني تنفي مع أحكام التقنين المصري) .

(١) وفي فرنسا حيث لا يوجد نص عام يقابل نص المادة ٧٠٠ مدني سالف الذكر ، ويقضى بأن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في التصرف القانوني في محل الوكالة ، بل إن المادة ١/١٩٥٨ مدني فرنسي تنفي بأن الوكالة عقد رضائي ويصح أن تكون شفوية . يتابع الفقهاء والمحاكم النصوص المتفرقة التي تنفي في حالات معينة بأن تكون الوكالة مكتوبة (بودري وقال في الوكالة مقرة ٤٨٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ مقرة ١٤٥٠) ، وكذلك النصوص التي تنفي في حالات معينة بأن تكون الوكالة مكتوبة في ورقة رسمية (بودري وقال في الوكالة مقرة ٤٦٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ مقرة ١٤٥١ ص ٨٨٠) ، ثم يستخلصون قاعدة يذهبون فيها إلى وجوب التمييز بين ما إذا كانت الورقة الرسمية أو الورقة العرفية المطلوبة لامتداد التصرف القانوني واجبة لضمان سلامة التصرف ولحماية المتعاقدين وتبصيرهم =

فالوكالة في الهبة يجب لانعقادها أن تكون في ورقة رسمية كالمبة ذاتها محل الوكالة . ولكن هذا مقصور على توكيل الواهب لغيره في أن يهب ما لا له نيابة عنه ، إذ إيجاب الواهب هو وحده الذي يجب أن يكون في ورقة رسمية . أما قبول الموهوب له فلا تشترط فيه الرسمية^(١) ، ومن ثم يكون توكيل الموهوب له غيره في قبول الهبة عقدا رضائياً لا يستوجب شكلاً خاصاً لانعقاده . وكالوكالة في الهبة الوكالة في الرهن الرسمي ، يجب أن يكون توكيل الراهن غيره في رهن العقار مكتوباً في ورقة رسمية ، أما توكيل الدائن المرتهن غيره في أرتهن العقار فهو عقد رضائي لا يستوجب شكلاً خاصاً لانعقاده^(٢).

= بمواقب تصرفاتهم وفي هذه الحالة يجب أن تكون الوكالة أيضاً في ورقة رسمية أو بوثيقة عريفة تبيناً للتصرف محل الوكالة للاحتبارات ذاتها ، وبين ما إذا كانت الورقة واجبة لحماية الغير وفي هذه الحالة لا يشترط أن تكون الوكالة مكتوبة إذ يكفي لحماية الغير أن يكون التصرف القانوني محل الوكالة ذاته مكتوباً (بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤٦٥ - فقرة ٤٧٢ وفقرة ٤٧٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٠ - فقرة ١٤٥١ - أوبري وروولسان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٩ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٥٠٢٩ - كولان وكابيتان وص لاوراندرييه ٢ فقرة ١٣٥١ - چوسران ٢ فقرة ١٤٠٤ - أنيكلويدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٠٢) .

ولكن التفتين المدف المصري جاء بنص عام هو المادة ٧٠٠ ملق سالف الذكر ، ويقضى بأن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في التصرف القانوني محل الوكالة ، دون تمييز بين ما إذا كان الشكل قد تطلبه القانون لحماية المتعاقدين أو تطلبه لحماية الغير . كما فعل ذلك أيضاً في الوعد بالتعاقد فأوجب لانعقاد الوعد أن يسعوى الشكل الممين لانعقاد التعاقد الكامل (٢/١٠١ ملق) ، دون تمييز بين حالة وسالة . فوجب إذن الوقوف عند النص ، وعدم التمييز بين ما إذا كان الشكل مطلوباً لحماية المتعاقدين أو لحماية الغير ، ففي الحالتين يجب أن تستوفى الوكالة الشكل المطلوب للتصرف القانوني محل الوكالة (انظر فيما يتعلق بالشكل في الوعد بالتعاقد ووجوب عدم التمييز بين حالة وسالة الوسيط ١ فقرة ١٣٥ ص ٢٥٤ هاش ١) . ويذهب بعض الفقهاء في مصر إلى أنه يجب في القانون المصري ، بالرغم من إطلاق نص المادة ٧٠٠ ملق ، إجراء نفس التمييز الذي أجراه الفقه والقضاء في فرنسا بين ما إذا كان الشكل قد تطلبه القانون لحماية المتعاقدين أو تطلبه لحماية الغير (محمد كامل مرسى فقرة ١٦٦ ص ٢١٥ - محمد حل مرقه ص ٣٥٤) . ويشير الأستاذ أكثم أمين الخولي إلى هذا التمييز ، ويمق عليه بما يأتي : « ويصعب إيجاد مثال في القانون المصري على شكل يشترط القانون لمصلحة الغير » (أكثم أمين الخولي فقرة ١٦٣) . وهذا ما يجعل التمييز المشار إليه ليست له أهمية عملية في التفتين المصري الحديث .

(١) الوسيط ٥ فقرة ٣٢ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ١٦٦ ص ٢١٤ .

وهو قيد الرهن الرسمي (شطب الرهن الرسمي) تصرف قانوني شكلي (م ٤٥) من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، فكذاك التوكيل الذي يعطيه الدائن المرتهن للغير لإجراء المحر يجب أن يكون رسمياً^(١) .

وعقد الشركة يجب أن يكون مكتوباً ولو في ورقة عرفية ، وإلا كان باطلا (م ٥٠٧ مدني) ، فهو إذن عقد شكلي . ومن ثم تكون الوكالة في عقد الشركة عقداً شكلياً ، ولا تنعقد إلا بورقة مكتوبة ولو كانت ورقة عرفية^(٢) .

وقد جاءت العبارة الآتية في آخر المادة ٧٠٠ مدني سالفة الذكر : « ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك » . فإذا وجد نص يقضي بأن يكون التوكيل في شكل معين ، وجبت مراعاة هذا الشكل ، دون نظر إلى ما إذا كان التصرف القانوني محل التوكيل شكلياً أو غير شكلي ، ودون نظر إلى ماهية الشكل المطلوب لهذا التصرف . مثل ذلك التوكيل الصادر للمحامي أو الوكيل بالخصومة ، فقد نصت المادة ٢٧ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ في شأنه على ما يأتي : « يجب على المحامي أو على أي وكيل آخر يكلف بالحضور عن الخصوم أمام المحاكم أن يقدم توكيله إلى قلم الكتاب في اليوم المعين للحضور ، فإذا كان التوكيل بورقة غير رسمية وجب التصديق على الإمضاء . وإذا حضر الموكل مع المحامي أثبت كاتب المحكمة ذلك في محضر الجلسة بعد أداء رسم التوكيل ورسم الدفعة المستحقين عليه ، وقام هذا مقام التصديق على الإمضاء^(٣) » .

(١) عمر أبو شادي في شهر الحقوق العقارية سنة ١٩٤٧ فقرة ٣٦٥ ص ٣٠٥ .

(٢) وقد نجاه في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد ، في صدد شكل الوكالة ، ما يأتي : « وإذا كان العمل القانوني المهود به إلى الوكيل لا يقتضي شكلاً خاصاً كالبيع والإيجار ، فلا يشترط توافر شكل خاص في الوكالة . أما إذا كان القانون يتطلب شكلاً معيناً في هذا العمل ، كالرهن الرسمي والهبة ، فإن التوكيل يجب أن يتوافر فيه هذا الشكل . فالتوكيل في رهن أودعة يجب أن يكون في ورقة رسمية . ويتبين من ذلك أنه إذا اشترط القانون شكلاً خاصاً في عقد معين ، وجب استيفاء هذا الشكل أيضاً في الوعد بهذا العقد . . . وفي التوكيل فيه . . . » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٩٢) .

(٣) وتنص المادة ٢٨ من قانون المحاماة على ما يأتي : « المحامي الذي صدر له توكيل عام مصدق عليه قانوناً ويتضمن نيابته من أحد الخصوم أمام المحكمة الابتدائية أو أمامها وأمام المحاكم التابعة لها ومحكمة الاستئناف الداخلة في دائرتها يفي من تقديم أصل التوكيل اكتفاء بصورة رسمية منه يودعها قلم كتاب المحكمة الابتدائية ، ويعمل به أمامها وأمام المحاكم التابعة لها وأمام محكمة »

= الاستئناف الداخلة في دائرتها . وتتخذ المحكمة الابتدائية مجلداً قضيه فيه التوكيلات التي تقدم لها من هذا القبيل ، وتحذر من واقعه كشوفاً ترسل إلى المحاكم المجينة آنفاً . وإذا كان التوكيل بمقتضى رسمى ، اكتفى بإثبات رقم التوكيل وتاريخه والمجلة المحرر أمامها بمحضر الجلسة . أما المحضر أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا فيجب أن يكون بتوكيل يقدم إليها ، فإن كان عاماً اكتفى به في جميع قضايا الموكل التي تنظر أمامها دون حاجة الحصول على صورة رسمية منه في كل قضية .

وانظر في وجوب مراعاة الشكل المقرر قانوناً لتوكيل المحامي : نقض مدعي ٨ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٣ ص ٣٩٥ - ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٢ ص ٤٥٨ - ٢١ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨ ص ٤٠ - وقانون نقض مدعي ١٦ يناير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٤ ص ١٠٤١ - ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٠ ص ٦٩٨ (وتقول المحكمة ، في توكيل المحامي حرر بعد أن أعلن المحامي صحيفة الدعوى ، بأن الظن في صفة المحامي لمضوء أول مرة من غير توكيل ، واعتبار أن قضاة الصفة النيابة ينسحب إلى وقت تحرير الورقة وإعلانها ، واستنتاج أن صاحب الشأن لم يشترك في الورقة ولم يرض بها ، كل هذا يجاوز في الاستدلال صار بحق الناس لما فيه من التدخل بغير موجب في علاقة ذوي الشأن بوكلائهم ، تلك العلاقة التي لا يجوز للقضاء التدخل فيها إلا في صورة إنكار ذوي الشأن لو كالة وكيله (dévoué) . وقضى أيضاً في نفس المعنى بأنه وإن كان القانون يشترط في الوكالة بالخصوص أن تكون بالكتابة ويتطلب تقديم سند التوكيل لإثبات الوكالة ، إلا أنه متى أقر الخصم الحاضر مع المحامي بالوكالة . فإن هذا يكفي دليلاً في الإثبات ، فلا يجوز للقضاء التصدي للعلاقة ذوي الشأن بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله . فإذا باشر المحامي إجراء قيل أن أن يستصدر توكيلاً له من ذي الشأن الذي كلفه بالعمل . وغاية الأمر أن صاحب الشأن إن لم يحضر تاريخ الإجراء ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك . وغاية الأمر أن صاحب الشأن إن لم يحضر بنفسه يوم الجلسة أو لم يرسل عنه وكيلًا ثابتة وكالته بالطريقة القانونية ، جاز لخصومه محافظة على حقوقهم إبداء الطلبات التي يجزمها لم القانون في هذا الخصوص (نقض مدعي ٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٧ ص ٣١٢ - استئناف مخطوط ٢٠ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٩ ص ٣٦) .

وانظر في أن المحامي الذي يقرر الظن بالنقض يجب أن يكون موكلًا عن الطامس وإلا كان الظن باطلاً : نقض مدعي ١١ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٧٢ ص ٤٧٦ - وأنه يجب أن يكون هذا المحامي مقبولاً أمام محكمة النقض وقت التقرير بالظن زلوا لم يكن كذلك وقت صدور التوكيل : نقض مدعي ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٤ ص ٥٥٢ .

وانظر في أن التوكيل الصادر من يونا في مصر لم يجب أن يكون في ورقة رسمية أو مصدقاً فيه على الإضاء من مكاتب الوثائق ، ولا يكفي اعتماد السفارة اليونانية لإضاء الموكل : نقض بقضي ٢٦ مايو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٦٥ ص ٤١٧ .

وإذا نزل المحامي عن الاستئناف اعتبر الزول من وقته لا من وقت توكيله توكيلاً غاصاً في ذلك ، ما دام الموكل لم يتفضل من عمل المحامي (استئناف مخطوط ٢٠ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٩٥) .

٢٢٤ - إثبات الوكالة: ولا يوجد نص خاص في إثبات الوكالة ، فوجب تطبيق القواعد العامة في الإثبات^(١) . ومن ثم لا تثبت الوكالة . إذا زادت قيمة التصرف القانوني الموكل فيه على عشرة جنهات . إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها^(٢) .

وقد جرت العادة أن الموكل يدفع إلى الوكيل توكيلا مكتوباً^(٣) فيفخذ هذا الأخير الوكالة ، ويعتبر تنفيذه لها كما قلنا قبولا ضمنياً . وفيما بين الموكل والوكيل ، يستطيع الوكيل أن يثبت الوكالة قبل الموكل بهذه الورقة المكتوبة . فإن لم توجد ، وكانت قيمة الوكالة تزيد على عشرة جنهات . جاز له أن يثبت الوكالة بمبدأ ثبوت بالكتابة معززاً بالبيئة أو بالقرائن . كما يجوز له أن يثبتها بالإقرار وباليمين^(٤) . وإذا وجد مانع ولو أدنى من الحصول على

(١) وعبه إثبات الوكالة يقع على من يدعيها ، فإذا احتج بها الموكل على الوكيل لطلبه بالتزاماته كان عليه أن يثبتها ، وإذا احتج الوكيل على الموكل بالوكالة للمطالبة بأجره أو بما اتفق من المصروفات مثلاً كان على الوكيل أن يثبت الوكالة (بودرى وفال في الوكالة فقرة ٥٠٧) . وإذا احتج الغير على الموكل بالوكالة ليرجع عليه بآثار التصرف القانوني الذي عقده مع الوكيل كان على الغير أن يثبت الوكالة ، وكذلك يكون على الموكل أن يثبت للوكالة إذا احتج بها على الغير للمطالبة بهذه الآثار .

(٢) استئناف مخطوط ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٢١ - ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٤٢ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٠ - ٢ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٧ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١١١ - ٢ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٤٥ ص ٢ - ١٤ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٢ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٣٥ - أول يوقيه سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٣١ - نقض فرنسي ٤ نوفمبر سنة ١٩٠٢ سيزيه ١٩٠٢ - ١ - ٤٨٨ - ١٣ أبريل سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٦ - ١ - ٤٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٥ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ٨١ - ١٦ يولييه سنة ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٦ - ٣٧٣ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٦ جازيت دي باليه ١٩٤٧ - ١ - ١٠٦ - بودرى وفال في الوكالة فقرة ٥٠١ ص ٢٦٦ - أوبري وروولسان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٢ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٣٠٢٨ - كولان وكايتان وصى لاموراندبيير ٢ فقرة ١٣٥٠ - جورسان ٢ فقرة ١٤٠٩ - أنيسكلويدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١١٤ - فقرة ١٢٦ .

(٣) وقد يرسل الموكل التوكيل للوكيل في برقية (الجزائر ٧ أبريل سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ٢ - ١٨٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٢ هامش ٦) .

(٤) استئناف مخطوط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٢٨ - ٣٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٤٧ ص ٣٤٥ - ٣١ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٢٨ - والفطر في الإقرار بالوكالة عن طريق حكم المتأخر في صلورها في جميع أحوال التقاضي : نقض مدني ٣ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ =

الكتابة ، كما هو الأمر فيما بين الزوجين والأقارب والأصهار^(١) ، جاز الإثبات بالبيئة والقرائن . كذلك يجوز للموكل أن يثبت الوكالة قبل الوكيل بالكتابة ، أو عمداً ثبوت بالكتابة معزراً بالبيئة أو بالقرائن ، أو بالإقرار ،^(٢) أو باليمين . وإذا جرى العرف بالألا تؤخذ كتابة ، كما هو الأمر فيما بين السيد والخادم والمخدوم والمستخدم ورب العمل والعامل وفي أكثر حالات الوكالة الضمنية^(٣) ، جاز الإثبات بالبيئة أو بالقرائن^(٤) .

= رقم ٢٤٨ ص ١٥٥ - وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن تنفيذ الوكالة أو الإقرار بها صراحة أو ضمناً من الأدلة التي يميزها القانون لإثبات الوكالة ، وإذا كان الموكل لم ينسك أمام محكمة الموضوع بأن الوكالة لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة إذا زاد موضوع التصرف محل الوكالة على عشرة جنهات ، فإنه لا يملك التمسك بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض ، لأن قواعد الإثبات ليست من النظام العام ولأنه لا يجوز أن يثار أمام محكمة النقض إلا ما كان مبروراً على محكمة الموضوع من أوجه الدفاع (نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٧ بمجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٢ ص ١٧٦) .

(١) نقض فرنسي ٨ يولييه سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ٤٢٦ .
(٢) ويعتبر إقراراً قبول الموكل تقدم حساب له من الوكيل ، كما يعتبر إقراراً اعتراف الموكل بالوكالة في مذكرة مكتوبة في خصومة بينه وبين الوكيل (بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٠٢) . ويقرب من الإقرار أن يحسب صاحب الفئقة لخدم ١٠٪ من قيمة ما يتقاضاه من العميل ، فيكون هذا بمثابة إقرار مكتوب منه بأنه قبض هذا المبلغ لحساب المخدم (نقض فرنسي ١٦ يناير سنة ١٩٣٠ دالوز ١٩٣٠ - ٤٥٠) . وإذا أثبت الموكل أن الوكيل كان على علم بصنوع الوكيل له ثم تنفذ الوكالة ، جاز له الإثبات بهذه القرينة ولو زادت القيمة على عشرة جنهات بغيران العامة بذلك (بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٠٦ - بلانيول وزيير وسالفانييه ١١ فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٢) .

(٣) وفي حالة ما إذا كانت الوكالة الضمنية لا يقوم فيها مانع من الحصول على الكتابة ، وجب الإثبات بالكتابة (بلانيول وزيير وسالفانييه ١١ فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٤ - أوبري ودو وإسبان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٧ خامس ٢ مكرر ٣ - محمد كامل مرسى فقرة ١٦٨ ص ٢١٩ - محمد علي هرقه ص ٣٦١ - ٣٦٢ - وقارن بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٠٤ - مسمر الوطنية ٢٠ يناير سنة ١٩٤١ الهامة ٣١ رقم ٢٦٦ ص ٣٠٦ - محرم بك ١٤ فبراير سنة ١٩٥٩ الهامة ٣٦ رقم ٥٧٧ ص ١٥٧٧) - أما إذا وجد مانع من الإثبات بالكتابة ، كقيام علاقة الزوجية أو القرابة أو إذا أراد الغير إثباتها قبل الموكل ، فإنه يجوز الإثبات بجميع الطرق (كولان وكاليفيان وصي لاموراندنيير ٢ فقرة ١٣٥٢) - وهذا كله من إثبات إيجاب الموكل في الوكالة الضمنية ، أما إثبات قبول الوكيل ، ويستخلص ضمناً من تنفيذ الوكالة ، فيكون بجميع الطرق ، لأن القبول إنما يستخلص من واقعة مادية (محمد علي هرقه ص ٣٦٠) .

(٤) انظر في الزوجية والقرابة وعلاقة الخدمة وعرف بعض المهن كوائف أدعية تحول دون الحصول على الكتابة : الوسيط ٢ فقرة ٣٣٧ - هرقه ٢٣٩ .

وفي الوكالة التجارية^(١) ، وكذلك في الوكالة المدنية التي لا تزيد قيمتها على عشرة جنيهات ، يجوز الإثبات ، من الوكيل قبل الموكل ومن الموكل قبل الوكيل ، بجميع طرق الإثبات ويدخل فيها البيعة والقرائن . وبالنسبة إلى الغير الذي يتعامل معه الوكيل ، لا تعتبر الوكالة واقعة مادية ، لأن هذا الغير يتأثر بالوكالة كما لو كان طرفاً فيها^(٢) ، فهو في موقف يقرب من المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير إذ المنتفع يعتبر الاشتراط لمصلحته بالنسبة إليه تصرفاً قانونياً لا واقعة مادية^(٣) . ويترتب على ذلك أن الغير الذي يتعامل مع الوكيل لا يستطيع أن يثبت الوكالة التي يحتج بها على الموكل إلا بالكتابة أو بما يقرم مقامها إذا زادت القيمة على عشرة جنيهات^(٤) . ومن ثم يجوز له أن يطلب من الوكيل قبل أن يتعاقد معه ورقة مكتوبة تثبت الوكالة^(٥) ، بل

(١) استئناف غنطل ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٩ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٤٠ - مصر الوطنية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٥٤٠ ص ١٢٤٧ - نقض فرنسي ٧ أبريل سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٢٨٣ - ١٣ مايو سنة ١٩١٩ دالوز ١٩٢١ - ١ - ١٥٤ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٩ سيرييه ١٩٢ - ١ - ٢١٥ .
(٢) إذ هي التي تفسد صفة النيابة على الوكيل فتجعله ذا سفة في التعاقد معه (قارن أكرم أمين الخولي فقرة ١٦٤ ص ٢٠٦) .
(٣) الوسيط ٢ فقرة ١٨٤ ص ٣٤٥ هامش ١ .

(٤) جيوار فقرة ٦٦ - ترولون فقرة ١٤٥ - بودري وقال في الوكالة فقرة ١٠٠ (ولكن انظر فقرة ٥٠٩) - بلانويول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٥٤٣ ص ٨٨٤ - ٨٨٥ - أنسيكلويد دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٢٨ - نقض فرنسي ٧ مارس سنة ١٨٦٠ دالوز ٦٠ - ١ - ١١٤ - أول أغسطس سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٠ - ١ - ٣٥٧ - ١٩ يولييه سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٥ - ١ - ١٢٥ - ٢ مارس سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ١٩٤ - ١٣ أبريل سنة ١٩٢٣ دالوز ٢٩٢٦ - ١ - ٤٠ - ولكن الغير يستطيع الإثبات بالبيعة وبالقرائن إذا كانت الوكالة تجارية أو إذا كان هناك مانع من الحصول على الكتابة ما بين الموكل والوكيل (بلانويول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٥٣ ص ٨٨٦) .

(٥) دي بايج ٥ فقرة ٣٧٢ - وليس من الضروري أن يكون إضفاء الموكل معصداً عليه (بلانويول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٥٣ ص ٨٨٥) ، ولكن يجب أن تكون الوكالة كافية في إضفاء صفة النيابة على الوكيل في التصرف الذي يقوم به ، فيكون التبر مضمناً إذا تعاقد مع وكيل بالرمز دون أن تكون وكالته خاصة بالرمز ، بل كانت وكالة عامة أو وكالة في غير الرمز (نقض فرنسي ١٥ أبريل سنة ١٩١٥ دالوز ١٩١٧ - ١ - ١٠٢) . ولا يمكن أن يثبت الغير نص التوكيل في العقد الذي يبرمه مع الوكيل ، فتقل النص لا يصلح حتى كيداً ثبوت بالكتابة للاحتجاج به على الموكل لأنه لم يصدر منه ، ولكن إذا لم يكن التوكيل صحيحاً فنقله يعتبر تزويراً -

له أن يطلب ورقة رسمية في الحالات التي لا تتعقد فيها الوكالة إلا بهذه الورقة على النحو الذي سبق بيانه . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ١٠٥ مدنى يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ولئن يتعاقد مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة بعقد مكتوب فله أن يحصل منه على صورة مطابقة للأصل تحمل توقيعه » . فحذفت هذه الفقرة في لجنة مجلس الشيوخ^(١) . ولا يكتفى لإثبات الوكالة في قبض الدين أن يعرض الوكيل للمدين - وهو الغير الذى يتعامل معه الوكيل - سند الدين في يده : ولا يجوز له أن يتخذ من حيازة سند الدين قرينة على أنه موكل من الدائن في قبضه^(٢) . ولكن يكتفى لإثبات الوكالة في قبض الدين أن يقدم الوكيل للمدين مخالصة بالدين صادرة من الدائن ، وقد نصت المادة ٣٣٢ مدنى صراحة على ذلك إذ تقول : « يكون الوفاء للدائن أو لثابته . ويعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن . إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً »^(٣) .

٢٢٥ - متى يكون عقد الوكالة مدنياً ومتى يكونه تجارياً : تكون الوكالة مدنية أو تجارية بالنسبة إلى الموكل بحسب ما إذا كان التصرف القانونى

= من جانب الوكيل إذا كان عادلاً بمدى محته (يانويول وريبير وسالفاتيه ١١ فقرة ١٤٥٣ ص ٨٨٥ - ص ٨٨٦) .

(١) الوسيط ١ فقرة ٩٤ ص ٢٠٠ هامش ١ - وانظر أيضاً الوسيط ١ فقرة ٨٨ ص ١٦٦ هامش ١ حيث وردت الأسباب التي دعت لجنة مجلس الشيوخ إلى حذف هذا النص ، ولخصت هذه الأسباب في تقرير اللجنة المذكورة على الوجه الآتى : « حذفت هذه الفقرة الثانية من هذه المادة لأنها تتناول مسألة عليية تفصيلية ، وفي الفرواع العامة ما يفتى عن النص عليها . وقد كان التقنين المدنى القديم يذهب إلى أبعد من ذلك ، فكان ينص في المادة ٦٣٤/٥١٨ منه على ما يأتى : « لمن يعامل الوكيل الحق في أن يطلب منه صورة رسمية من سند التوكيل » . ولكن التقنين المدنى الجديد لم ينقل هذا النص ، وترك الغير الذى يتعامل مع الوكيل حراً في تقدير الموقف ، فقد يرفض التعامل مع الوكيل إلا إذا قدم هذا صورة رسمية من سند التوكيل ، أو يكتفى بتوكيل عرفى مصدق فيه على إضاء الموكل أو غير مصدق ، أولاً يطلب إبراز أى توكيل مكتوب إذا كان واقعاً من قيام الوكالة (محمد على عرفة ص ٣٥٤) ، مع ملاحظة أنه يحتمل بحسب إثبات الوكالة على النحو الذى قدسناه .

(٢) نقض فرنسى ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ١٩٤ - بودوى وقال في الوكالة فقرة ٥٠٩ - يانويول وريبير وسالفاتيه ١١ فقرة ١٤٥٣ ص ٨٨٦ .

(٣) فوجود مخالصة بالدين صادرة من الدائن في يد وكيل الدائن قرينة على قيام الوكالة =

محل الوكالة مدنياً أو تجارياً بالنسبة إليه . فإذا صدر توكيل من الموكل في تصرف تجارى ، كما إذا كان الموكل تاجراً وكان التصرف متعلقاً بعمل من أعمال تجارته ، أو كان الموكل غير تاجر ولكن التصرف القانوني كان عملاً من أعمال المضاربة فيدخل في الأعمال التجارية . كانت الوكالة تجارية بالنسبة إلى الموكل . وإذا صدر التوكيل في تصرف مدني ، كما إذا كان الموكل تاجراً ولكن التصرف لا يتعلق بعمل من أعمال تجارته ، أو كان الموكل غير تاجر ولم يكن التصرف مما يدخل في الأعمال التجارية . كانت الوكالة مدنية بالنسبة إلى الموكل .^(١) ويترتب على ذلك أن توكيل سمسار في شراء أسهم للاستغلال يعتبر عملاً مدنياً بالنسبة إلى الموكل ، وفي شراء أسهم للمضاربة يعتبر عملاً تجارياً بالنسبة إليه^(٢) . وتوكيل التاجر لشخص في شراء منزل لسكنائه يعتبر عملاً مدنياً بالنسبة إلى الموكل ، وتوكيله في شراء بضائع لتجارته يعتبر عملاً تجارياً بالنسبة إليه^(٣) . أما بالنسبة إلى الوكيل ، فإن الوكالة تعتبر تجارية إذا كان تاجراً وكانت الوكالة تدخل في أعمال تجارته ، وتعتبر مدنية إذا لم يكن تاجراً ولو دخلت الوكالة في أعمال مهنته . فوكالة السمسار في شراء منزل للسكنى تعتبر وكالة تجارية بالنسبة إلى السمسار^(٤) ، وإن كانت مدنية بالنسبة إلى الموكل . ووكالة المحامي عن تاجر في قضية تجارية تعتبر وكالة مدنية بالنسبة إلى المحامي^(٥) ، وإن كانت تجارية بالنسبة إلى الموكل .

« وذلك ما لم يكن متلفاً بين الدائن والمدين على أن الوفاء يكون لهائن شخصياً ، فلهذين في هذه الحالة ألا يبن بالدائن إلا الدائن ، ولكنه إذا وفي من يده المتأصلة كان الوفاء صحيحاً وبرتاً للذمة . وكثيراً ما يسطي المالك لرباب غالفات بالأجرة ، فيستخدم بها الرباب إلى السكان ، وتكون له بذلك صفة في قبض الأجرة (الوسيط ٣ فترة ٢٠ ص ١٧٦ وحامش ٤) .

(١) نقض فرنسي ٢٥ يولييه سنة ١٨٦٤ دالوز ٦٤ - ١ - ٥٠٠ - ٤ يولييه سنة ١٨٨١ سيرييه ٨٢ - ١ - ٥٢ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٢٠ - بودري وفال في الوكالة فترة ٨٧٤ - بلانيول وريبير وسلفاتيه ١١ فترة ١٤٢٨ ص ٨٥٢ - أنيسكلويدى دالوز ٣ لفظ Mandat فترة ١٧ .

(٢) نقض فرنسي ١٢ ديسمبر سنة ١٩١١ - دالوز ١٩١٣ - ١ - ١٢٩ - بودري وفال في الوكالة فترة ٨٧٤ - بلانيول وريبير وسلفاتيه ١١ فترة ١٤٢٨ ص ٨٥٢ - استئناف غنط ٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥٧ .

(٣) نقض فرنسي ٢٩ يولييه سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٦ - ١ - ١٢٧ - ٤ يولييه سنة ١٨٨١ سيرييه ٨٢ - ١ - ١٥ - بلانيول وريبير وسلفاتيه ١١ فترة ١٤٢٨ ص ٨٥٢ .

(٤) جانه ١١ يناير سنة ١٨٩٦ سيرييه ٩٨ - ٤ - ٣١ - بودري وفال في الوكالة فترة ٨٧٥ - بلانيول وريبير وسلفاتيه ١١ فترة ١٤٢٨ .

وتظهر أهمية اعتبار الوكالة مدنية أو تجارية بوجه خاص في الاختصاص وفي الإثبات . فإذا كانت الوكالة مدنية ، كان القضاء المدني هو المختص ، ولم يجز الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت القيمة على عشرة جنيهات . أما إذا كانت الوكالة تجارية ، فإن القضاء التجاري يكون مختصاً ، ويجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن مهما بلغت قيمة الوكالة .

المبحث الثاني

شروط الصحة

٢٢٦ - الأهلية وعيوب الإدارة : شروط صحة الوكالة هي شروط صحة أى عقد آخر: توافر الأهلية الواجبة ، وسلامة التراضي من عيوب الإدارة .

الطلب الأول

الأهلية في الوكالة

٢٢٧ - أهلية الموكل : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني يشتمل على نص في أهلية الموكل ، فكانت الفقرة الأولى من المادة ٩٧٤ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « يجب أن يكون الموكل أهلاً أن يؤدي بنفسه العمل الذى وكل فيه » . فحذف هذا النص في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة^(١) . والقواعد العامة تتفق مع هذا النص ، فيعمل به بالرغم من حذفه^(٢) . وتقول

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ، ص ١٨٩ في الخامس .

(٢) وتنص الفقرة الأولى من المادة ٩٢٠ ملى عراقى على ما يأتى : « يشترط لصحة الوكالة أن يكون الموكل من تلك التصرف بنفسه فيما وكل به ، فلا يصح توكيل مجنون ولا صبي غير مميز مطلقاً ولا توكيل صبي مميز بالتصرف فى ما يملكه ولو أذن به الولد ، ويصح توكيله بالتصرف فى ما ينعمه بلا إذن وليه ، وبالتصرف الدائر بين النفع والضرر إن كان مأذوناً له بالتجارة ، فإن كان مجبوراً ينقذ توكيله موقوفاً على إذن وليه » .

وتنص المادة ٧٧٢ من تقنين الموجبات والمقود البتالى على ما يأتى : « لا تصح الوكالة إلا إذا كان الموكل نفسه أهلاً للقيام بموضوعها . ولا تطلب هذه الأهلية من الوكيل ، بل يكفي أن يكون من ذوي التمييز » .

المذكرة الإيضاحية للمشروع النهدي في صده : « ولما كان العمل القانوني الذي يبرمه النائب لحساب الأصيل وباسمه ينصرف أثره إلى الأصيل مباشرة (م ١٥٨ من المشروع) ، وجب أن يكون الموكل أهلاً وقت الوكالة أن يؤدي بنفسه العمل الذي وكل فيه . فإذا وكل في بيع وجب أن تتوافر فيه أهلية المنصرف الواجب توافرها في البائع ، وإذا وكل في إيجار وجب أن تتوافر فيه أهلية الإدارة الواجب توافرها في المؤجر ، وهكذا »^(١) .

والعبرة في توافر الأهلية في الموكل بوقت الوكالة وبالوقت الذي يباشر فيه الوكيل العقد في وقت واحد ، فلو أن الموكل لم يكن أهلاً لهذا العقد وقت إعطاء التوكيل لم تصح الوكالة . ولا تصح أيضاً إذا كان الموكل أهلاً وقت التوكيل وغير أهل وقت مباشرة العقد^(٢) .

وإذا لم يكن الموكل أهلاً لأن يؤدي التصرف القانوني محل الوكالة ، كانت الوكالة باطلة فلا تضي على الوكيل صفة النيابة . فإذا تعاقد مع الغير تنفيذاً للوكالة كان العقد باطلاً ، حتى لو كان الوكيل حسن النية ، وحتى لو كان

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩١ - استئناف غلط ٣٠ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦١ - أبريل ودورلسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٩ - ٢١٠ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤١١ - بلانويل وديبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٤ - الوسيط ١ فقرة ٨٧ - محمد كامل مرسى فقرة ١٦١ - محمد علي عرفة ص ٣٦٢ - أكرم أمين المحول فقرة ١٦١ ص ٢٠٢ - ويجوز لشركة أن تقيم ضماً وكيلاً فيما تمك التصرف فيه . وإذا نصب أحد الشركاء وكيلاً فقد يصعب التمييز بين ما إذا كان هذا الشريك قد نصب الوكيل نيابة عن الشركة أو نصب وكيلاً عنه شخصياً ، وقاضي الموضوع هو الذي يبت في المسألة (بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤١٤) .

(٢) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٢٠٧ ص ٢١٤ هامش ١ - الوسيط ١ فقرة ٨٧ ص ١٩٥ هامش ٢ (حيث وقفنا عنه وقت مباشرة الوكيل للعقد ، والصحيح أنه يجب الاعتداد أيضاً بوقت الوكالة) - وانظر في أن العبرة بوقت الوكالة : محمد كامل مرسى فقرة ١٦١ ص ٢١١ - محمد علي عرفة ص ٣٦٢ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤١٥ - بلانويل وديبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٤ (ولكن هؤلاء يتحفظون فيقولون بأن أثر عقد الوكالة يموت الموكل وقت تماقد الوكيل أو يتبين أهليته) . وقته قضى بأن الوكالة الصاعرة من قاصر لشخص بأن يبيع له عقاراً تكون باطلة إذا صدرت في حالة القصر ، ولو صدر البيع من الوكيل بعد بلوغ القاصر من الرشد ، وذلك لأنه لأجل معرفة صحة الوكالة أو جهم صحباً يرجع إلى التاريخ الذي صدرت فيه ، لا إلى تاريخ التصرف الذي أجراه الوكيل مقتضاهما (استئناف أول مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٢٠ ص ٢١٢) . ولكن إذا وقع العكس ، وكان الموكل بالغاً من الرشد وقت التوكيل ، ثم سجن عليه ، ونفذ الوكيل الوكالة والموكل محجور عليه ، لم ينصرف أثر العقد الذي أبرمه الوكيل إلى الموكل . حل أن الوكيل لا يكون مسئولاً إذا كان عنه تنفيذ الوكالة بحمل توقيع المحبر على الموكل (أنيسكوليدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٥٥) .

الغرض الذي تعاقده معه حسن النية ما لم يكن هناك محل لتطبيق قواعد الوكالة الظاهرة^(١).

ويجب ، إذا كانت الوكالة تتضمن التزامات أخرى في جانب الموكل غير انصراف أثر تعاقده الوكيل إليه ، كما لو كانت الوكالة مأمورة والتزم الموكل بدفع أجر للوكيل ، أن يكون الموكل أيضاً أهلاً لعقد هذه الالتزامات . فإذا وكل شخص شخصاً آخر في إيجار منزله وتعهده بدفع أجر للوكيل ، وجب أن يكون الموكل أهلاً للإدارة حتى يستطيع الوكيل أن ينوب عنه في إيجار المنزل ، وأن يكون في الوقت ذاته أهلاً للتصرف حتى يستطيع أن يلتزم بدفع الأجر للوكيل . فإذا كان أهلاً للإدارة دون أن يكون أهلاً للتصرف ، كانت الوكالة صحيحة فيما يتعلق بنيابة الوكيل عن الموكل ، وقابلة للإبطال فيما يتعلق بالتزام الموكل بدفع الأجر^(٢).

٢٢٨ - أهلية الوكيل : وكان المشروع التهديد للفقين المدني يشتمل أيضاً على نص في أهلية الوكيل ، فكانت الفقرة الثانية من المادة ٩٧٤ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « أما الوكيل فيمكن فيه أن يكون قادراً على التمييز . لكن إذا كان ناقص الأهلية ، كان مسئولاً قبل الموكل بالقدر الذي يمكن أن تتحقق مسئوليته ، على الرغم من نقص أهليته » . فحذف هذا النص أيضاً في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة^(٣) . والقواعد العامة تتفق مع

(١) نقض فرنسي ١٤ يناير سنة ١٨٩٢ سيريح ٦٢ - ١ - ٣٩٨ - ١٨ أبريل سنة ١٨٩٣ سيريح ٩٤ - ١ - ٥ - لوران ٢٧ فقرة ٤٠٠ - جيوار فقرة ٥٥ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٤١٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٤ - محمد كامل مرسى فقرة ١٦١ ص ٢١١ - محمد علي عرفة ص ٣٦٢ - ص ٢٦٢ - وإذا كان الموكل غير أهل للتعاقد ، فكان البعد الذي أبرمه الوكيل مع الغير باطلاً ، فإنه يجوز للغير أن يرجع حل الموكل بموجب قاعدة الإثراء بلا سبب (محمد كامل مرسى فقرة ١٦١ ص ٢١١) .

(٢) بودري وقال في الوكالة فقرة ٤١٤ مكررة - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٤ - بلانيول وريبير وبلانيول ٢ فقرة ٣٠٢٥ - محمد كامل مرسى فقرة ١٦١ ص ٢١١ - وإذا كان الموكل غير أهل ، صح أن يصدر التوكيل نيابة عنه من وليه أو وصيه أو القيم عليه فيما يدخل في ولاية هؤلاء ، ويكون الوكيل في هذه الحالة وكيلاً للمجور لا وكيلاً لذاته ، فإذا تغير النائب لم ينزل الوكيل (استنباط مخطوط ٣٦ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٦١) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٨٩ في الخامس .

هذا النص ، فيعمل به بالرغم من حذفه^(١) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صده : « أما الوكيل فلا ينصرف إليه أثر العقد ، فلا يلزم أن تتوافر فيه الأهلية الواجبة لإجراء العمل القانونى الذى وكل فيه . ولكنه لما كان طرفاً فى عقد الوكالة ، فإن هذا العقد يكون قابلاً للبطلان إذا كان قاصراً ، فإذا ما أبطل العقد لم يكن الوكيل مسئولاً عن التزاماته إلا فى حدود الإثراء بلا سبب (انظر ٢٠١ فقرة ٢ من المشروع) . ولكن لا يجوز للفرد الذى تعامل مع الوكيل القاصر أن يتمسك ببطلان عقد الوكالة ، فإن البطلان لم يقرر إلا لمصلحة القاصر »^(٢) .

ويتبين من ذلك أنه إذا كانت أهلية التصرف القانونى عمل الوكالة يجب أن تتوافر فى الموكل ، فإنه لا يجب توافرها فى الوكيل لأن أثر هذا التصرف لا ينصرف إليه هو بل ينصرف إلى الموكل ، هذا إذا كان الوكيل يعمل باسم الموكل^(٣) . فيصح توكيل قاصر أو محجور عليه فى بيع منزل لشخص تتوافر فيه أهلية التصرف . وقد قضى بأنه يجوز توكيل القاصر فى تصرف لأهلية له فيه ، إذ يكفى أن يكون الوكيل مميزاً مادام يعمل باسم موكله لا باسمه الشخصى^(٤) . ولكن الوكيل يجب أن يكون أهلاً لأن تصدر منه إرادة مستقلة ،

(١) وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٣٠ مدنى مرقى على ما يأتى : « ويشترط أن يكون الوكيل عاقلًا نزيهًا ، ولا يشترط أن يكون بالغاً فيصح أن يكون السبى للميز وكيلا وإن لم يكن مأذوناً » .

وانظر العبارة الأخيرة من المادة ٧٧٢ من تقنين الموجبات والعقود القيانى إذ تقول : « . . ولا تطلب هذه الأهلية من الوكيل بل يكفى أن يكون من ذوى التميز » (انظر كذلك فقرة ٢٢٦ : فى الحاشى) .

(٢) مجموعة الأعمال التفسيرية ٥ ص ١٩١ - ص ١٩٢ .

(٣) أما إذا كان الوكيل يعمل باسمه ، كما فى الاسم المشترك أو المشترك ، فإن أثر العقد ينصرف إليه شخصياً ، ومن ثم يجب أن تتوافر فيه أهلية هذا العقد .

(٤) استئناف وطنى ٨ يونيو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ ص ١٤٨ - وقضى أيضاً بأنه وإن كان من اللازم أن يكون الموكل راشداً إلا أنه لا يشترط الرشد فى الوكيل ، إذ أن من له فقه فى كفاية قاصر ماهر يمكن أن يختاره وكيلا عنه تحت مسؤوليته ، وليس لمن يتعامل مع هذا الوكيل أن يتم بالتحرى عما إذا كان بالغاً من الرشد أو غير بالغ ، لأن معاملته من الوجهة القانونية هى مع الوكيل لذى لا يخرج عن كونه لسان الموكل ، فإن أساء الوكيل التصرف فيجب على الموكل أن يحصل توبة الإسائة لحاطرة فى الاختيار (استئناف مصر ٧ مايو سنة ١٩٣٥ الحلقة ١٦ رقم ١٢٢ ص ٢٩٢) .

لأنه يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الموكل وفقاً للقواعد المقررة في نظرية النيابة^(١)، فيجب إذن أن يكون ممزاً ولو كان قاصراً^(٢).

وإذا كان الوكيل قاصراً أو ناقص الأهلية، جاز له وحده إبطال عقد الوكالة. فإذا لم يطلب الإبطال وتعاقّد مع الغير تنفيذاً للوكالة، كان تعاقدّه صحيحاً ونفذ في حق الموكل^(٣)، دون أن يستطيع الموكل ولا الغير الذي تعاقد معه الوكيل أن يتمسك بإبطال عقد الوكالة. ذلك أن عقد الوكالة إذا كان قابلاً للإبطال، فإنما يكون هذا في العلاقة فيما بين الموكل والوكيل فليس للغير الذي تعاقد مع الوكيل أن يبطل العقد، والقابلية للإبطال تقرر في الوقت ذاته لمصلحة الوكيل للمصلحة الموكل فليس للموكل أن يطلب إبطال الوكالة. وإذا طلب الوكيل إبطال الوكالة وأبطلت، فإن نيابته المستمدة من الوكالة تبطل. وإذا كان قد تعاقد مع الغير، جاز لهذا أن يتمسك بالوكالة على اعتبار أنها وكالة ظاهرة وفي الحدود التي يجوز فيها التمسك بهذه الوكالة. وإذا لم يكن قد تعاقد مع الغير، فلا يجوز له أن تعاقد بصفته نائباً إذ أن هذه الصفة قد انقضت بعد إبطال الوكالة، ولكنه إذا تعاقد مع ذلك وتوافرت شروط الوكالة الظاهرة جاز للغير أن يتمسك بها.

وفي العلاقة ما بين الوكيل والموكل، إذا أبطل الوكيل الوكالة، يجوز للموكل أن يرجع على الوكيل بدعوى الإثراء بلاسبب، كما يجوز أن يرجع عليه بالمسئولية التقصيرية، ويتحقق ذلك بوجه خاص إذا كان في يد الوكيل مال للموكل ويده^(٤).

(١) الوسيط ١، فقرة ٨٣ ص ١٩٠.

(٢) بودرى وفال في الوكالة فقرة ٤١٧ - أوبري ورويسان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢١٠ - بلانيول وريير وسافانيه ١١ فقرة ١٤٤٥ - كولان وكايتان ودى لاموراندريه ٢ فقرة ١٣٥٣ - جوسران ٢ فقرة ١٤٠٨ - الوسيط ١ فقرة ٨٧ - محمد كامل موسى فقرة ١٦٢ ص ٢١٢ - محمد حل عرفة ص ٣٦٢ - أكرم أمين الخولي فقرة ١٦١ ص ٢٠٢ - وبديهي أنه يشترط في الوكيل التمييز، لا فسخ وقت إبرام الوكالة، بل أيضاً وقت إبرام التصرف القانوني محل الوكالة. (٣) كما لو كان الوكيل كامل الأهلية، ولكن لا يجوز للموكل أن يرجع عليه بالتقصير إذا كان لم يحسن تنفيذ الوكالة، إذ الموكل قد ارتضاء وكيله وهو يعلم أنه ناقص الأهلية بخود الاعتبار، فيحصل نتائج اختياره (محمد حل عرفة ص ٣٦٤).

(٤) بودرى وفال في الوكالة فقرة ٤١٨ - أوبري ورويسان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢١٠ - بلانيول وريير وسافانيه ١١ فقرة ١٤٤٥ ص ٨٧٥ - بلانيول وريير وبولانيه ٢ فقرة -

= ٣٠٢٦ - كولان وكابيتان وصي لاموراندوير ٢ فترة ١٣٥٣ - جوران ٢ فترة ١٤٠٨ -
 أليكسكوليس دالوز ٣ لفظ Mandat فترة ٦٥ - الوسيط ١ فترة ٨٧ - محمد عل عرفة
 ص ٣٦٤ .

هذا ونحن في كلامنا في أهلية الموكل وأهلية الوكيل إنما نردد ما أجمع عليه النفع والنفعاء في هذه المسألة . ولكن الأمر في حاجة إلى إتمام النظر . ويبدو أن هناك خلطاً بين الوكالة من حيث إنها عقد يترتب التزامات في جانب كل من الموكل والوكيل ، والوكالة من حيث إنها عقد يفسق على الوكيل صفة النيابة عن الموكل فيستطيع التعاقد بهذه الصفة مع الغير .

فالوكالة من حيث إنها عقد يترتب التزامات في جانب كل من الموكل والوكيل تقتضى التفصيل الآتي : لما كان الموكل يلتزم برد نفقات الوكالة ويتمويض الوكيل عن الضرر الذي يصيبه من جراء تنفيذها وبالأجر إذا كانت الوكالة مأجورة ، وجب أن تكون أهلية الموكل هي أهلية التصرف حتى ترتب في ذمته هذه الالتزامات . ويجب أن تتوافر فيه دائماً أهلية التصرف حتى لو كانت الوكالة غير مأجورة ، وذلك حتى يترتب في ذمته الالتزامات الأخرى وما ردها نفقات الوكالة وتمويض الوكيل عن الضرر الذي يصيبه من جراء تنفيذها ، ولا يمتنع على ذلك بأن هذين الالتزامين لا يوجدان إذا لم تكن هناك نفقات ولا ضرر ، إذ يمكن احتمال قيام هذين الالتزامين حتى يجب الأهلية اللازمة لعهدها وهي أهلية التصرف . هذا من ناحية الموكل ، أما من ناحية الوكيل فإنه يلتزم بتنفيذ الوكالة بتقديم حساب عنها وبرد ما للموكل عنده ، وهذه أعمال تدخل كلها في نطاق أعمال التصرف ، أو في التقليل هي أعمال تدور بين النفع والضرر ، فستوجب أهلية التصرف . ونرى من ذلك أن الوكالة ، من حيث إنها عقد يترتب التزامات في جانب كل من الموكل والوكيل ، تستوجب أهلية التصرف في كل منهما . فإذا كان الموكل قاصراً ، جاز له أن يطلب إبطال الوكالة ، فينتحلل من التزاماته ولا يكون مسئولاً إلا بموجب قاعدة الإثراء على حساب الغير . وكذلك إذا كان الوكيل قاصراً ، فإنه يجوز له أيضاً إبطال الوكالة ، ولا يكون مسئولاً قبل الموكل إلا بموجب قاعدة الإثراء على حساب الغير . غير أنه إذا كان أحد المتعاقدين قاصراً ولم يطلب إبطال الوكالة ، فلها تبقى قائمة منتجة لأثارها ، بل وتنص على الوكيل صفة النيابة عن الموكل إذا توافرت في المتعاقدين أهلية الوكالة من حيث إنها عقد يفسق على الوكيل صفة النيابة .

والأهلية في الوكالة ، من حيث إنها عقد يفسق على الوكيل صفة النيابة ، تختلف عن الأهلية التي سبق بينها . فالموكل يجب أن يكون أهلاً للتصرف القانوني على الوكالة ، أما الوكيل فلا يشترط فيه هذه الأهلية لأن هذا التصرف لا ينصرف أثره إليه ، ويمكن أن يكون عيلاً . فإذا وكل قاصر شخصاً بلغ سن الرشد في إيجار منزله ، كانت الوكالة من حيث إنها عقد يترتب التزامات في ذمة الموكل نحو الوكيل قابلة للإبطال لأن الموكل قاصر ، ولكن الوكالة في الوقت ذاته تنتج أثرها من حيث إنها تنص صفة النيابة على الوكيل ، فلز أن الموكل لم يطلب إبطال الوكالة وأجر الوكيل المنزل ، كان الإيجار صحيحاً . وإذا وكل قاصراً يبلغ سن الرشد في بيع منزله ، كانت الوكالة قابلة للإبطال في علاقة الموكل بالوكيل ، وكان البيع الذي عقده الوكيل هو أيضاً قابلاً للإبطال في علاقة الموكل بالمشتري . وإذا وكل شخص بلغ سن الرشد قاصراً في بيع منزله ، كانت الوكالة قابلة للإبطال في علاقة الوكيل بالموكل ، ولكنها تنتج أثرها من حيث إنها صفة النيابة على الوكيل . فإذا لم يطلب الوكيل إبطال الوكالة وعقده البيع مع مشتري ، كان البيع صحيحاً في علاقة الموكل بالمشتري .

ونقل هنا ما كتبه الأستاذ أكثم أمين المحول في هذا الصدد ، وهو في أكثره يتفق مع ما قسمناه :-
 « وإذا كان تطبيق القواعد العامة على النسو السابق صحيحاً في عومه ، فإن فيه خلطاً واضحاً بين
 الأهلية اللازمة لصحة الوكالة كمقد بين الوكيل والموكل والأهلية اللازمة لإنتاج الوكالة النيابة
 أثرها فيما بين الموكل والغير . والواقع أنه لا تلازم مطلقاً بين قواعد الأهلية في الحالتين ، وذلك
 على التفصيل الآتي : أما من الوكالة كمقد بين طرفيه فتختلف الأهلية اللازمة لصحة بالنسبة لكل
 من طرفيه . أما الموكل فأهليته لعقد الوكالة التفضيلية هي أهلية التصرفات النافذة نقماً محضاً ، أما إذا
 كانت الوكالة بأجر فيجب أن تتوفر فيه أهلية التصرفات الدائرة بين النفع والضرر . أما الوكيل
 فأهليته اللازمة لصحة الوكالة هي الأهلية الكاملة ، لأن الوكالة بالنسبة له - سواء كانت تفضيلية
 أو مأجورة - تعتبر على أدنى الغرض من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر . فإذا ثبتت الأهلية
 لأي من الطرفين على هذا التفصيل ، كانت الوكالة قابلة للإبطال لمصلحته . أما عن الأهلية اللازمة لكي
 ترتب الوكالة النيابة أثرها فيما بين الموكل والغير ، فهي بالنسبة للموكل أهلية مباشرة التصرف
 موضوع الوكالة بنفسه ، وبالنسبة للوكيل أهلية التمييز . إذا توافرت هذه الشروط رتبت الوكالة
 آثار النيابة فيما بين الموكل والغير ، ولو كان عقد الوكالة قابلاً للإبطال إما لانعدام أهلية الموكل
 بالنسبة لاشتراط الأجر ، وإما لأن الوكيل لا تتوافر له الأهلية الكاملة لو كان قاصراً . وقد تبين
 هذه الحلول غريبة ، لأن الأصل أن الوكالة النيابة مصدر النيابة بحيث إذا بطلت الوكالة غلا نيابة .
 ولا رابطة بين الموكل والغير . ولكن ينبغي القول بأن تماقد الوكيل مع الغير يرتب آثار النيابة
 متى توفرت الأهلية اللازمة لترتب هذه الآثار ، ولو كانت الوكالة كعلاقة داخلية فيما بين
 الموكل والوكيل قابلة للإبطال أو تقرر بطلانها وتصفية الروابط فيما بين طرفيها لا حل أساس
 البتة بل على أساس الإثراء بلا سبب » .

ثم يضيف الأستاذ أكثم أمين المحول الحاشية الآتية : « ليس هناك من الناحية الفنية ما يمنع
 من تأصيل هذه الحلول عن طريق القول بوجود عقدتين متميزتين : عقد وكالة ينظم الروابط
 بين الموكل والوكيل وتشتط فيه أهلية قبول التفضل أو الالتزام بالأجر من جانب الموكل وأهلية
 تحمل الالتزام المتأقدي من جانب الوكيل ، وعقد نيابة أو عقد صلة تشتط لصحته أهلية القيام
 بالتصرف موضوع الوكالة من جانب الموكل وأهلية التمييز من جانب الوكيل . وعلى ذلك يتصور
 أن يبطل عقد الوكالة لتقص أهلية الموكل في الالتزام بالأجر أو لتقص أهلية الوكيل في التحمل
 بالالتزام القدي ، مع بقاء عقد الصفة صحيحاً متبجاً لآثاره » (أمين أكثم المحول فقرة ١٦١
 وص ٢٠٣ هامش ٢) .

والأستاذ أكثم أمين المحول ، كما نرى ، يجزئ الوكالة إلى عقدتين : عقد وكالة وعقد نيابة
 أوصفة . ويفصل ما بين العقدتين من حيث مصدر كل منهما من ناحية الصحة والبطالان . ونفصل عدم
 تجزئة عقد الوكالة ، إذ هو عقد واحد لا يقبل التجزئة . فإذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية
 وبطلت الوكالة ، اعتبر عقد الوكالة كأن لم تكن وزالت صفة النيابة عن الموكل ، وإذا كان هله
 قد تماقد مع الغير فلا يصح هذا التعاقد إلا في حدود قواعد الوكالة الظاهرة .
 أما الاتجاه الحديث السائد في الفقه الألماني والفقه الإيطالي ، فإنه لا يجزئ الوكالة إلى عقدتين ،
 بل يميز بين الوكالة والإنابة ، فالوكالة تتم بمقد بين الموكل والوكيل في حين أن الإنابة تصرف
 بإرادة منفردة تصدر من الموكل وحده (انظر ما يلى فقرة ٣٠٠ في الهامش) . وسنجد يجوز
 في هذا الاتجاه القول بأن الموكل ، وهو ينيب الوكيل عنه بإرادته المنفردة في تصرف قانوني معين ،
 يجب أن يكون متوافراً حل أهلية هذا التصرف القانوني دون أن تشتط هذه الأهلية في الوكيل .

٢٢٩ — نفاقر الوكيل مع قسم : ويتصل بأهلية الوكيل أنه لا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه ، ولكن ذلك لا يرجع إلى الأهلية ، بل يرجع إلى مجاوزة الوكيل لحدود وكالته. فلا ينفذ في حق الموكل تعاقد مع نفسه . وقد نصت المادة ٢٠٨ مدني في هذا المعنى على أنه « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من يتوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد : كل هذا مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة »^(١) . فإذا وكل شخص شخصاً آخر في بيع منزله ، دون أن يرخص له في أن يشتريه لنفسه^(٢) ، لم يجز للوكيل أن يشتري المنزل لحسابه الخاص لأنه يكون قد تعاقد مع نفسه وهذا لا يجوز بصريح النص سالف الذكر . ونحرم تعاقد الوكيل مع نفسه يقوم على قرينة قانونية ، هي أن الشخص إذا وكل عنه غيره في التعاقد ، فهو لا يقصد بذلك أن يبيع للوكيل أن يتعاقد مع نفسه لما في ذلك من تعارض في المصالح ، ولأنه لو قصد ذلك لتعاقد معه مباشرة دون حاجة إلى توكيل . فإذا ما تعاقد الوكيل مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزاً حدود الوكالة ، ويكون شأنه شأن كل وكيل جاوز حدود وكالته ، فلا يكون عمله نافذاً في حق الموكل إلا إذا أقره هذا^(٣) .

المطلب الثاني

عيوب الإرادة في الوكالة

٢٣٠ — تطبيق القواعد العامة — الغلط في شخص الموكل أو في شخص الموكل : يكون الرضاء في عقد الوكالة معيباً إذا شابه غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، شأن الوكالة في ذلك شأن سائر العقود .

(١) انظر أيضاً المواد ٤٧٩ - ٤٨١ مدني .

(٢) فإذا رخص له في أن يشتريه لنفسه ، أمكن تحليل العقد بأنه وكالة تحت شرط فاسخ مطروقة بومد بالبيع ، وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك (انظر آنفاً فقرة ٢١٢) .

(٣) انظر في ذلك الرسيط ١ - فقرة ٩٢ ص ٢٠٤ - وانظر أوبري ودويلهان ٩

فقرة ٤١٢ ص ٢١٧ - بلانيول وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١٤٤٦ .

ومن أبرز التطبيقات لما تقدم وقوع غلط في شخص الوكيل أو في شخص الموكل . ذلك أن الوكالة يتقلب فيها الاعتبار الشخصي (intuitu personae) كما قلنا^(١) ، فالوكيل لم يرض بالوكالة إلا بعد أن أدخل في اعتباره شخص الموكل ، وكذلك الموكل لم يرض بالتوكيل إلا بعد أن أدخل في اعتباره شخص الوكيل .

ويترتب على ذلك أنه إذا وقع غلط في شخص الوكيل ، كان اعتقد شخص أنه يوكل شخصاً معيناً فإذا به يوكل شخصاً آخر غير الشخص الذي قصده ، فإن عقد الوكالة يكون قابلاً للإبطال للغلط إذا كان الوكيل يعلم بالغلط أو كان في استطاعته أن يتبينه . وقد يكون للموكل فائدة في إبطال العقد ، ويؤثر ذلك على عزل الوكيل ، إذ قد يترتب على عزل الوكيل التزامات في ذمته يستطيع أن يتوقاها إذا هو عمد إلى إبطال الوكالة (انظر ٧١٥ مدني) . وكذلك تبطل الوكالة للغلط في شخص الموكل ، ويجوز للوكيل بدلا من التنحي عن الوكالة أن يطل العقد . ويتوق بذلك أن يكون ملزماً بتمويض الموكل عن الضرر الذي أصابه من جراء التنازل في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول فيما لو تنحي ، كما يتوق أيضاً ، في حالة ما إذا كانت الوكالة صادرة لصالح أجنبي ، التقيد بها إذا لم توجد أسباب جدية تبرر التنحي وفقاً لأحكام المادة ٧١٦ مدني^(٢) .

٣٣١ — إكراه الأودي : وقد يدخل الوكالة إكراه أودي ، ويتحقق ذلك بوجه خاص في التوكيل الصادر من الزوجة لزوجها ، وفي التوكيل الصادر من الابن لأبيه^(٣) فإذا أثبتت الزوجة أو الابن أن الوكالة مشوبة بإكراه أودي ، جاز إبطال الوكالة ، ويتوق الموكل بالإبطال ما كان يترتب في ذمته من التزامات لو أنه اقتصر على عزل الوكيل (م ٧١٦ مدني) . وإذا كانت الوكالة قابلة للإبطال للإكراه الأودي أولاً عيب آخر من عيوب الرضاء ، وتعاقد الوكيل مع ذلك بموجب هذه الوكالة مع شخص

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠٧ .

(٢) انظر في الغلط في الوكالة أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢١١ .

(٣) انظر في هذا المعنى الوسيط ١ فقرة ١٩٧ .

يجعل ما انطوت عليه من عب ، فإن أثر التصرف ينصرف إلى الموكل ولو حصل على حكم بإبطال الوكالة ، وذلك في حدود تطبيق قواعد الوكالة الظاهرة .

الفرع الثاني

التصرف القانوني محل الوكالة

٢٣٢ - مبحثه : نبحث أولاً الشروط الواجب توافرها في التصرف القانوني محل الوكالة ، ثم نبحث أنواع التصرفات القانونية التي يصح أن تكون محلاً للوكالة .

المبحث الأول

الشروط الواجب توافرها في التصرف القانوني محل الوكالة

٢٣٣ - تطبيق القواعد العامة : هذه الشروط ، طبقاً للقواعد العامة ، هي أن يكون التصرف ممكناً ، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعين ، وأن يكون مشروعاً^(١) .

٢٣٤ - الشرط الأول - التصرف القانوني ممكن : يجب أن يكون التصرف القانوني محل الوكالة ممكناً ، فإذا كان مستحيلاً كان باطلاً لأنه لا التزام بمستحيل ، وكانت الوكالة باطلة تبعاً لبطلان التصرف .

ومثل التصرف القانوني المستحيل بيع الوقف في غير حالات الاستبدال ، فإذا ناظر الوقف شخصاً في بيع الوقف كانت الوكالة باطلة إذ هي توكيل في مستحيل . ومثل التصرف القانوني المستحيل أيضاً الطعن بالاستئناف بعد فوات الميعاد والطعن بالنقض في حكم لا يقبل الطعن فيه بالنقض ، فإذا وكل

(١) وتنص المادة ٧٧٣ من تقنين الموريات والمقود الباني على ما يأتي : « تكون الوكالة باطلة : أولاً - إذا كان موضوعها مستحيلاً أو غير معين تعييناً كافياً . ثانياً - إذا كان موضوعها إجراء أعمال مخالفة للنظام العام أو للإداب أو للقوانين » .
وانظر كولان وكايتيان ودي لامورالتيير ٢ بقرة ١٣٥٤ - جوسران ٢ بقرة ١٤٠٧

الخصم محامياً في شيء من ذلك كانت الوكالة باطلة لاستحالة التصرف القانوني محل التوكيل^(١).

وقد يكون التصرف القانوني محل الوكالة ممكناً ، ولكن طبيعته لا تقبل التوكيل فيه إذ يكون عملاً يقتضى أن يقوم به صاحبه شخصياً . مثل ذلك الحضور أمام القضاء للاستجواب أو الخلف اليمين ، فلا يجوز للخصم أن يوكل غيره^(٢) أن يستجوب مكانه أو في أن يحلف اليمين بدلاً منه^(٣) ، وتكون الوكالة في هذا باطلة^(٤) . وإذا اعتبرنا الشريك في الشركة يساهم في إدارتها على وجه

(١) ويسمح التصرف محل الوكالة مستحيلاً أيضاً إذا كان هذا التصرف قد تم قبل تنفيذ الوكالة . فإذا وكل شخص شخصاً آخر في اقتراض مبلغ معين من شخص معين ، فاقترض الوكيل المبلغ من المقرض . وقيل أن يعلم الموكل أن المبلغ قد تم اقتراضه ، وكل شخصاً آخر في اقتراض نفس المبلغ من نفس الشخص ، ولعله استبطأ الشخص الأول ، فالوكالة هنا محلها مستحيل لأن القرض كان قد تم وقت إبرائها ، فتكون باطلة . فإذا اقترض الوكيل الثاني المبلغ مرة ثانية من نفس المقرض ، لم يكن المقرض - والمفروض أنه عالم بأن الوكالة الثانية محلها هو نفس محل الوكالة الأولى - أن يرجع حل الموكل إذا كان الوكيل الثاني ممسراً (جيوارد فقرة ٦٠ - قرولون فقرة ٢٩ - بودي وفال في الوكالة فقرة ٤٤٤ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٧٢) .

والتوكيل في تصرف تم إنجازه قبل توكيل في أمر مستحيل استحالة مادية لا استحالة قانونية . ومثل الاستحالة المادية أيضاً أن يوكل شخص شخصاً آخر في شراء منزل يكون قبل التوكيل قد احترق دون أن يعلم الموكل ذلك (محمدي عرفة ص ٣٦٥) .

(٢) وتنص المادة ٧٧٤ من تقنين الموجبات والالتزامات على ما يأتي : « لا تصح للوكالة إذا كان موضوعها إجراء عمل لا يجوز إتمامه بواسطة الغير ، كحلف اليمين » .

(٣) انظر في الأعمال التي لا تقبل بطبيعتها التوكيل فيها في فرنسا : بودي وفال في الوكالة فقرة ٤٤٢ - فقرة ٤٤٣ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢١١ هامش ١٢ - بلانجيل وديوي وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٦ (ويذكرون في الأعمال التي لا تقبل بطبيعتها التوكيل فيها الإضفاء ، فلا يجوز لشخص أن يوكل آخر في أن يمضي نيابة عنه على أن يكون الإضفاء سامراً من الموكل وبخاصة ، ويشيرون إلى حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٢ - ١ - ٢٠١ مع تعليق سافاتييه وإلى حكم آخر من نفس المحكمة في ٢٤ أبريل سنة ١٨٨٢ دالوز ٨٢ - ١ - ٢٨٨ - على أن الموكل يكون ممثلًا نحو الغير حسن النية الذي يجعل أن الإضفاء ليس بمثل الموكل ، كما لو كان الإضفاء بمضله ، مادام أن الموكل هو الذي طلب إلى الوكيل كتابة الإضفاء : نقض فرنسي ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٢ - ١ - ٢٠١ . وهو الحكم السابق الإشارة إليه - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٨ هامش ١ - ويمكن أن يقال : « ذلك حل قرامد الوكالة الظاهرة » ، وفي مصر حيث تتعلق صحة الوصية بصورها مكتوبة بخط الموصي ، لا يجوز التوكيل في الوصية (أكرم أمين المحلى بفقرة ١٦٢) .

معين عن طريق الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها وأوراقها وكل ما يتعلق بأعمالها ، فإن هذا العمل الخاص من أعمال الإدارة شخصي للشريك لا يقبل التوكيل فيه . فلا يجوز للشريك أن يوكل غيره في ذلك ، حتى لا يتدخل أجنبي في أعمال الشركة ويطلع على أسرارها^(١) .

٢٣٥ - الشرط الثاني - التصرف القانوني معين أو قابل للتعيين :

ويشترط ثانياً أن يكون التصرف القانوني محل الوكالة معيناً^(٢) أو قابلاً للتعيين ، وإلا كانت الوكالة باطلة^(٣) . فإذا وكل شخص شخصاً آخر ، وجب عليه أن يعين التصرف الذي وكله فيه تعييناً نافياً للجهالة . فيوكله مثلاً في بيع أو رهن أو هبة أو صلح أو إقرار أو تحكيم أو توجيه الدين . وسرى أنه إذا كان التصرف محل الوكالة من أعمال التصرف (actes de disposition) وكان من عقود المعاوضة فإنه يكفي لتعيينه ذكر نوعه ، بأن يقال إن التوكيل في بيع أو رهن أو صلح ، وليس من الضروري أن يعين محل التصرف على وجه التخصيص بأن يقال بيع منزل معين أو رهن أرض معينة أو الصلح في نزاع معين : أما إذا كان التصرف من عقود التبرع ، فلا يكفي في تعيينه ذكر نوعه ، بل يجب أيضاً تعيين عمله ، فلا يصح التوكيل في هبة دون تعيين الشيء الموهوب ، فيوكل الواهب غيره في هبة منزل معين أو أرض معينة أو سيارة بالذات^(٤) .

وإذا لم يكن التصرف محل الوكالة معيناً ، فيجب على الأقل أن يكون

(١) الوسيط هـ فقرة ٢٠٨ ص ٣١٨ - يودى وقال في الوكالة فقرة ٤٤٣ - بلانويول وريبير وسافانييه ١١ فقرة ١٤٥٦ ص ٨٩٠ .

(٢) أنسيكلوبيس دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٧٨ .

(٣) وتكون الوكالة هنا باطلة بصفة أصلية ، بخلاف بطلانها لاستحالة التصرف لو لم يشرعته فهو بطلان يأتي تباعاً لبطلان التصرف محل الوكالة . والبطلان لعدم تعيين التصرف محل النحو الذي تطلبه القانون بطلان مطلق ، فلا تنتج الوكالة أثراً لأن ناحية إسفاء صفة النيابة على الوكيل ولا من أية ناحية أخرى . ومن ثم لا يترتب أي التزام لا في ذمة الموكل ولا في ذمة الوكيل (انظر عكس ذلك أحكام أمن المثل فقرة ١٦٨ ص ٢١١) .

(٤) ويلعب بعض الفقهاء إلى أن وجوب تعيين التصرف محل هذا التدر من التحديد هـ ضرب من الشكلية البالية هـ (أحكام أمن المثل فقرة ١٦٨ ص ٢١١) . وحتى لو سلمنا بأن تعيين محل هذا التصرف هـ شكلية هـ ، فهي لا شك شكلية نافذة ، يتعين بفساها الوكيل على سلطة نفقت منه ، ويأمن منها الموكل أن يباغت يتصرف من الوكيل لم يدخل في حله هـ .

قابلاً للتعين . مثل ذلك أن يوكل المالك ناظر زراعته في إدارة الزراعة ، دون أن يعين على وجه التحديد التصرفات القانونية محل التوكيل . ففي هذه الحالة تكون هذه التصرفات قابلة للتعين ، فهي كل تصرف يتعلق بإدارة الزراعة ، كإيجار الأرض وأعمال الحفظ والصيانة وشراء البذر والسماد ومبيدات الحشرات ونحوها واستئجار عمال الزراعة والآلات الزراعية وبيع المحصول واستيفاء الحقوق ووفاء الديون . وتطبيقاً لذلك قضت المادة ٧٠١ مدني بأنه الوكالة الواردة في ألفاظ لا تخصص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة ، ويدخل فيها الإيجار إذا لم ترد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون ، ويدخل فيها أيضاً كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذي يسرع إليه التلف وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي .

٢٣٦- الشرط الثالث - التصرف القانوني مشروع : ويشترط أخيراً أن يكون التصرف القانوني محل الوكالة مشروعاً . فإذا كان التصرف غير مشروع لمخالفته للنظام العام أو الآداب أو القانون ، كان باطلاً ، وكانت الوكالة فيه أيضاً باطلة^(١) .

فإذا وكل شخص شخصاً آخر في شراء مخدرات أو أسلحة ممنوعة أو في إيجار منزل للدعارة أو للمقامرة أو في قبض رشوة أو إعطائها أو في الاتفاق مع شخص لارتكاب جريمة أو في الاتفاق مع امرأة على معاشرته غير مشروعة ، أو يوكل في غير ذلك من التصرفات المخالفة للنظام العام أو الآداب أو القانون ، فإن الوكالة تكون باطلة تبعاً لبطان التصرف محل الوكالة^(٢) .

(١) استئناف وطني ١ يناير سنة ١٨٩٤ لقضاء ٢ ص ٢٩٢ - استئناف غخط ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٣ - المحمدي دود وإسبان ٦ لقطة ٤٦١ ص ٢٦١ .

(٢) وإذا وكل المدين دائن في أن يبيع المال المزروع عند حلول الدين دون اتباع الإجراءات التي يوجبها القانون ، ليستوفى حقه من ثمنه ، كانت الوكالة باطلة لمخالفتها لأحكام القانون (أنسكلويدس داليز ٢ لفظ *mandat* لقطة ٧٤) .

وإذا وكل شخص شخصاً آخر في أن يراهن أو في أن يقامر نيابة عنه ، كانت الوكالة باطلة ، لأن كل اتفاق خاص برهان أو بمقامرة باطل لعدم المشروعية (م ٧٣٩ مدني) فالتوكيل في الرهان أو المقامرة يكون باطلاً أيضاً . على أنه يستثنى الرهان الذي يقده فيها بينهم المتبارون شخصياً في الألعاب الرياضية ومارخص فيه قانوناً من أوراق النصب (م ٧٤٠ مدني) (١) ، فهذه عقود صحيحة ، وتكون الوكالة فيها صحيحة أيضاً (٢) . وتكون صحيحة أيضاً الوكالة في قبض دين القمار ، ويلتزم الوكيل بقبض الدين على أن يؤدي حساباً للموكل فيسلمه ما قبضه ، ذلك أن قبض الدين متفصلاً عن القمار مشروع فتكون الوكالة فيه مشروعة (٣) . أما إذا كانت الوكالة في لعب القمار وفي قبض دينه أودفعه ، فالوكالة باطلة في كل ذلك ، لأن الوكالة في قبض دين القمار أودفعه تصبح في هذه الحالة تابعة للوكالة في لعب القمار وتكون باطلة تبعاً لها ، ويستطيع الموكل إذا خسر الوكيل في القمار أن يرفض دفع الدين له لدفعه لمن كسب ، كما لا يستطيع إذا كسب الوكيل في القمار أن يطالبه بتسليم ما كسبه (٤) .

(١) فإذا كانت أوراق النصب غير مرخص فيها فكل من شرأها وبيعها يكون باطلاً ، والوكالة في الشراء أو في البيع تكون أيضاً باطلة . ولكن إذا تسلم الوكيل ورقة نصيب لبيعها وقبل البيع كسبت ورقة جائزة ، فليس للوكيل أن يحتفظ بهذه الجائزة (جرينويل ٢٦ يولي سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٩ - ٢ - ٣٣١ - ١٤ يوفيه سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٢ - ٢ - ١٦٥ - نقض فرنسي ١٧ فبراير سنة ١٩١٣ سوريه ١٩١٣ - ١ - ٣٦٨) . كذلك إذا اشترى الوكيل لحساب موكله ورقة نصيب فكسبت جائزة ، لم يكن للوكيل أن يحتفظ بالجائزة (بلانويول وريير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٨ ص ٨٩٤) .

(٢) بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٤٥ - فقرة ٤٤٦ - بلانويول وريير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٨ - أما التوكيل في مضاربات البورصة غير المشروعة فيكون هو أيضاً غير مشروع (استئناف غنتزل ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٣) .

(٣) ترولون فقرة ٦٩ - فقرة ٧١ - بون ١ فقرة ٦٥٠ - جيوار ١ عقود القمار فقرة ٤٢ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٤٧ - بلانويول وريير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٨ - (٤) ترولون فقرة ٧٣ - فقرة ٧٤ - بون ١ فقرة ٦٥٠ - جيوار ١ عقود القمار فقرة ٤٢ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٤٨ - بلانويول وريير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٨ - نقض فرنسي ٣ مارس سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٥ - ١ - ٢٧٧ - ٢٤ يوفيه سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٦ - ١ - ٢٥ - وإذا وكل شخص شخصاً آخر في لعب القمار وفي قبض ما يكسبه ، كانت الوكالة باطلة في اللعب وفي القبض كما قدنا ، حتى لو أجاز الموكل الوكالة بعد ظهور نتيجة اللعب فإن الإجازة لا ترد على العقد الباطل (نقض فرنسي ٢٦ فبراير سنة ١٨٤٥ دالوز ٤٥ - ١ - ٢٥ -

وإذا كان تصرف قانوني محظوراً على شخص فلا يجوز له أن يوكل فيه غيره ، فلا يستطيع أن يقوم به بنفسه لا يستطيع أن يوكل فيه . فلو أن شخصاً كان موكلًا في بيع منزل لآخر ، فإنه لا يستطيع كما قلنا^(١) أن يشتريه لنفسه ، وكذلك لا يستطيع أن يوكل غيره في شرائه له^(٢) . ويرجع ذلك ، لا إلى أن الوكالة الثانية غير مشروعة ، بل يرجع إلى أن الوكيل في البيع ، بشرائه ما وكل يبيعه أو بتوكيله من يشتريه له ، يكون قد جاوز حدود الوكالة الصادرة إليه ، وقد سبق بيان ذلك^(٣) .

والتوكيل في الخصومة جائز ، إذ هو توكيل في أمر مشروع^(٤) . ولكن

١٠١ - بلاكول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٨ . ولكن إذا أصلى الموكل الوكيل ، بعد ظهور نتيجة الحب ، وكالة جديدة - لا مجرد إجازة الوكالة القديمة - في قبض مأكس في الحب ، كانت الوكالة صحيحة ، إذ تقدم أن التوكيل في قبض دين القمار صحيح ، ولا يؤثر في صحته أن يكون الوكيل في القبض هو نفس الوكيل في الحب مادامت الوكالتان منفصلتان إحداهما عن الأخرى (بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٤٨ ص ٢٣٧ - وانظر عكس ذلك وأن الوكالة في القبض الصادرة لنفس الوكيل في الحب تكون باطلة ولو انفصلت الوكالتان إحداهما عن الأخرى : ١٠١ فقرة ٦٥٠ - جوار في حقوق الفروع فقرة ٤٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٢٨ .

(٢) بودري وقال في الوكالة فقرة ٤٤٥ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٢٨ - أما إذا كان التصرف القانوني محظوراً على شخص الوكيل ، كعامل القضاء الذي لا يجوز له شراء الحق المتنازع فيه إذا كان نظر النزاع يدخل في اختصاصه (م ٤٧١ مدني) ، فذلك لا يمنعه من أن يكون وكيلًا عن الغير في شراء الحق لهذا الغير (أوبري وود وإسبان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢١١ هاش ١٤ - محمد علي حرقه ص ٣٦٥ - أكرم أمين الخويل فقرة ١٦٢) . ولكن لا يجوز لعامل القضاء أن يوكل غيره في شراء الحق المتنازع فيه (محمد علي حرقه ص ٣٦٥) .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن قاعدة « لا يجوز لأحد في فرنسا أن يترافع يوكل عنه ما عدا الملك » قاعدة فرنسية لأصل لها في القوانين المصرية ، وليست من القواعد الطبيعية العامة الواجب سريانها ، ولأن نص في القانون يحتم رفع الدعوى من المدمي شخصياً ، إذ المادة ٣٣ من قانون المرافعات (قديم) ليس فيها ما يوجب ذلك ، وأجمعت القواعد العامة والمواضع ٥١٦ و ٥٢٣ مدني (قديم) ٨١٠ تجاري على جواز التوكيل في كل عمل جائز قانوناً ، وأن الوكيل في حل يجوز له إجراءه باسمه أو باسم الموكل . ولما كان رفع الدعاوى أمام المحاكم من الأمور الجائزة قانوناً ، جاز للوكيل في الخصومة مادام توكيله ثابتاً أن يقدم الدعوى باسمه (استئناف وطني ٥ يناير سنة ١٨٩٩ المحسومة الرسمية ١ ص ٤) - وقضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأنه يجوز للوكيل رفع الدعوى باسمه إذا كان مأذوناً في ذلك طبقاً لمادة ٣٣ من قانون -

نصوصاً قانونية حددت من يجوز توكيله في الحضور أمام القضاء ، فتوكيل غير من حدته هذه النصوص يكون غير جائز لخالفته للقانون . وقد نصت المادة ٨١ من تقنين المرافعات على أنه « في اليوم المعين لنظر الدعوى يحضر الخصوم بأنفسهم أو يحضر عنهم من يوكلونه من المحامين بمقتضى توكيل خاص وعام ، وللمحكمة أن تقبل في النيابة عنهم من يختارونه من الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثالثة » . فالتوكيل في الحضور أمام القضاء إذن لا يكون إلا للحام^(١) ، ولا يجوز توكيل غير المحامي إلا إذا كان قريباً أو صهرراً للخصم إلى الدرجة الثالثة^(٢). ومع ذلك فتحى الأقارب والأصهار إلى الدرجة الثالثة لا يجوز توكيلهم إذا كانوا موظفين بالمحاكم ، فقد نصت المادة ٩٠ من تقنين المرافعات على أنه « لا يجوز لأحد قضاة المحاكم ولا للنائب العام ولا لأحد من وكلائه ولا لأحد من الموظفين بالمحاكم أن يكون وكيلاً عن الخصوم في

= المرافعات (التقديم) بشرط أن يذكر اسم الموكل في الإعلان (الإسكندرية الوطنية ١٠ سبتمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٢٨ ص ٦٥) - وقضت محكمة مصر الوطنية بأن الأصل أن كل الأعمال القانونية الجائزة يصح إجراؤها بوكيل ، وليس في القوانين المصرية ما يقابل القاعدة الفرنسية القائلة بأنه لا يجوز لأحد أن يترافع بوكيل عنه ما عدا الملك ، ولما كانت هذه القاعدة ليست من القواعد الطبيعية العامة التي تتفق وأحكام القانون ، وكان قانون المرافعات خالياً عما يوجب ذلك ، وكان رفع الدعوى أمام المحاكم من الأمور الجائزة قانوناً ، فإنه لا تترتب على التوكيل إذا ما أقام الدعوى باسمه طالما أنه موكل بالحقوق ، ومن ثم لا يكون في إقامة المدعية بالحقوق المدنية لهذه الدعوى بصفتها وكيلة خاصة عن أبنائها البالغ ما يخالف القانون (مصر الوطنية ج٢ ص ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ المادة ٣٧ رقم ٣٤٣ ص ٧٣٥) - وقضى بأن الوكالة في الخصومة تقتضى توكيلاً خاصاً ، وليس من الضروري أن يكون في قضية بالقات بل يصح أن يكون توكيلاً عاماً في جميع القضايا (استئناف مخطوط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٤٦) .

(١) وكل ذلك يجوز لخصم أن يوكل في الخصومة غير المحامي ، ولكن التوكيل في الخصومة لا يجوز له المحصور بنفسه أمام القضاء بل يجب أن يوكل عنه عامياً في ذلك ، ما لم يكن قريباً أو صهرراً للخصم إلى الدرجة الثالثة فمقتضى يجوز له المحصور بنفسه أمام القضاء نيابة عن موكله دون حاجة إلى أن يوكل عنه عامياً ، شأنه في ذلك شأن الخصم الموكل إذا حضر بنفسه أمام القضاء .

(٢) ليجوز توكيل الزوج والزوجة ، والاب والأم ، والجد والجدة ، والابن والابنة ، والحفيد والحفيدة ، والأخ والأخت ، وابن الأخ وابن الأخت ، والعم والعمة ، والخال والخالدة ، وزوج البنت وزوج الأخت وزوج العمة وزوج الخالة ، وزوجة الابن وزوجة الأخ وزوجة العم وزوجة الخال . ولا يجوز توكيل ابن العم وابن الخال ، وزوج بنت العم وزوج بنت الخال .

الحضور أو المرافعة ، سواء أكان بالمشافهة أم بالكتابة أم بالإفتاء ، ولو كانت الدعوى مقامة أمام محكمة غير المحكمة التابع هو لها . ولكن يجوز لم ذلك عن ممثلهم قانوناً وزوجاتهم وأصولهم وفروعهم إلى الدرجة الثانية » . وقد تأيدت هذه النصوص بما ورد في قانون الحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٥ من هذا القانون على أن « للمحامين دون غيرهم حق الحضور عن الخصوم أمام المحاكم ، وللمحكمة أن تأذن للمتقاضين في أن ينيبوا عنهم في المرافعة أمامها أزواجهم أو أصهارهم أو أشخاصاً من ذوى قرباهم لغاية الدرجة الثالثة » (١) .

(١) وتضيف الفقرات الثالثة والرابعة والخامسة والسادسة والسابعة من المادة ٢٥ من قانون الحاماة ما يحتم تدخل المحامي في الخصومة والمقود ولوم وجود الخلع نفسه ، وذلك على التفصيل الآتي : « ولا يجوز أن يحضر من الخصوم أمام محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا أو يقدم إليها طلبات إلا المحامون المقررون للمرافعة أمامها ، ولا يجوز تقديم صفت الاستئناف أمام أية محكمة إلا إذا كانت موقوفة من أحد المحامين المقررين أمامها . كما لا يجوز تقديم صفت الدعوى للمساكن الابتدائية والإدارية أو طلبات الأداء إلى المحاكم الجزئية إلا إذا كانت موقوفة عليها من أحد المحامين المقررين أمامها ، وذلك متى بلغت أوجازت قيمة الدعوى أو أمر الأداء نصاب الاستئناف . ومع ذلك فلا ضرورة لتوقيع محام إذا كانت الدعوى مرفوعة ضد أحد المحامين ولم يصدر من النيابة الإذن المنه عنه من المادة ٣١ ، أو إذا كان المستأنف نفسه أو رافع الدعوى محامياً غير مشغل . ولا يجوز تسجيل عقود الشركات التجارية التي تزيد قيمتها من ١٥٠٠ جنيه ، كما لا يجوز تقديم المقود البرقية أو الرسمية أمام مكاتب الشهر العقاري أو التوثيق إذا كانت تزيد قيمتها على هذا المبلغ ، إلا إذا كانت موقوفة من أحد المحامين المقررين أمام المحاكم الجزئية على الأقل » . وقد قصت محكمة النقض بأن المنع الوارد في النص المتقدم ذكره (م ٢٤) من قانون الحاماة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٩ وتقابل م ٢٥ من قانون الحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧) يتناول الخصوم أنفسهم كما يتناول المحامين غير المقبولين أمام المحكمة التي يرفع إليها الطعن (نقض مدعى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٧ ص ٦٠٥) ، وبأن علم توقيع صحيفة الاستئناف من محام مقرر أمام محاكم الاستئناف يترتب عليه خطأ علم قيوماً (نقض مدعى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣١ ص ٦٤٩ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٢ ص ٦٦١ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣٣ ص ١٧٢) ، وبأن التعلل بانعدام توكيل المحامي أمام محكمة النقض يجب أن يبنى في تقرير الطعن أو في مذكرة النيابة وذلك قبل المرافعة (نقض مدعى ١٩ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٨ ص ١٠٧ - ٧ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٥ ص ٩٧) .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٥ من قانون الحاماة على ما يأتي : « ويجوز للمحامين للمقررين في دول الجامعة العربية المرافعة أمام المحاكم في الدرجة المقابلة لدرجة المقررين للمرافعة فيها في بلدهم » ، وذلك في قضية معينة ، بإذن خاص من مجلس نقابة المحامين بالإشتراك مع محام مصري مقرر ويشترط المعاملة بالمثل » .

٢٢٧ - ما يترتب على بطلان الوكالة التي لم تتوفر فيها الشروط :
 قلنا أن الوكالة لا تجوز إلا في تصرف ممكن ومعين أوقابل للتعين ومشروع ،
 فإذا كانت الوكالة في تصرف مستحيل أو غير معين أو غير مشروع كانت
 باطلة . ويترتب على البطلان أن تعتبر الوكالة كأن لم تكن ، وأن كلا من
 المتعاقدين يستطيع أن يتمسك بالبطلان .

فإذا لم ينفذ الوكيل الوكالة الباطلة ، لم يستطع الموكل أن يطالب بتنفيذها ،
 كما لا يستطيع الوكيل أن يطالب الموكل بالتزامه بدفع الأجر إذا كان هناك
 اتفاق على أجر^(١) . وإذا كان الموكل قد دفع للوكيل أجراً أو قدم له نقوداً
 ينفذ بها الوكالة ، جاز له أن يسترد منه ما دفعه حتى لو كانت الوكالة غير
 مشروعة . وقد قلنا في النظرية العامة للعقد أن الاسترداد جائز حتى في العقود
 غير المشروعة ، وأن القاعدة الرومانية القديمة (Nemo auditur propriam
 turpitudinem allegans) لم يأخذ بها التقنين المدني الجديد^(٢) .

وإذا نفذ الوكيل الوكالة - والمفروض أنها وكالة غير مشروعة لأنها
 دون الوكالة المستحيلة والوكالة غير المعينة هي القابلة للتنفيذ - بقيت الوكالة
 باطلة بالرغم من تنفيذها . فإذا وكل شخص شخصاً آخر في مقامرة وفي قبض
 أو دفع ما يكسبه أو يخسره ، وقامر الوكيل فكسب أو خسر ، لم يكن للموكل
 أن يطالب الوكيل بالمكسب ، كما لا يكون للوكيل أن يطالب الموكل بالخسارة^(٣) .

== وتتنص المادة ٢٦ من قانون المهامات على أن « يقبل المرافعة أمام المحاكم ، عن مصالح
 الحكومة أو الهيئات العامة أو وزارة الأوقاف أو المؤسسات العامة والهيئات التي يصدر بتعيينها
 قرار من وزير العدل بعد أخذ رأى لجنة قبول المهامين ، محامو أفلام قضايا هذه الجهات الحاصلون
 على شهادة الليسانس أو ما يعادلها أو أحد المهامين . ويجب أن يكون التوكيل الصادر من هذه
 المصالح أو الهيئات العامة إلى أحد المهامين موقفاً من رئيس المؤسسة أو الهيئة وبصورة غامضة وأن
 يكون التوكيل الصادر من البنوك والمؤسسات المذكورة موقفاً من مظهرها قانوناً ومصدقاً على إضاهاه .
 هذا والتوكيل في الحضور أمام القضاء جائز حتى لو كان ذلك في قضية سبها عو مشروع ،
 وللمحامي أن يرجع على موكله بأتمابه في هذه الحالة ، ولا يحتاج عليه بأن السبب غير مشروع
 (بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤٥١) ، حتى لو كان الحكم قد صدر بعدم المشروعية (محمد على
 هرقه ص ٣٦٦) .

(١) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤٥٣ - فقرة ٤٥٤ - بلاتيلور وريبير وسافانييه
 ١١ فقرة ١٤٥٧ ص ٨٩١ .

(٢) انظر الوسيط ١ فقرة ٣٣٨ .

(٣) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٤٥٤ - فقرة ٤٥٥ - بلاتيلور وريبير وسافانييه
 ١١ فقرة ١٤٥٧ ص ٨٩١ - وانظر أيضاً فقرة ٢٣٥ .

وفيا بين الوكيل ومن قامر معه لا يستطيع الأول أن يجبر الثاني على دفع المكسب ، ولا يستطيع الثاني أن يجبر الأول على دفع الخسارة . وإذا دفع أحدهما للآخر ما خسره ، كان له أن يسترد مادمه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضى بشئ ذلك ، وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق (٧٣٩م ملغى)^(١) . وإذا كان الموكل قد اتفق مع الوكيل على أجر ونفذ الوكيل الوكالة ، فإن هذا لا يستطيع أن يطالب الموكل بالأجر ، وإذا كان قد تقاضاه أو تقاضى مبلغاً آخر من الموكل للمقامرة به وجب عليه رد ما تقاضاه^(٢) :

المبحث الثانى

أنواع التصرفات القانونية التى يصح أن تكون محلاً للوكالة

٢٣٨ - التصرفات القانونية التى تكون محلاً للوكالة : قلنا أن محل الوكالة يجب أن يكون تصرفاً قانونياً . وأى تصرف قانونى ، إذا توافرت فيه الشروط المتقدمة الذكر ، يصح أن يكون محلاً للوكالة . فقد يكون عقداً كالبيع والإيجار ، وقد يكون لإرادة منفردة كالوصية وتظهر العقار المرحون ، وقد يكون لإجراء قضائياً تابعاً لتصرف قانونى هو إيداء الطلبات أمام القضاء

(١) بودوى وقال فى الوكالة فقرة ٤٥٨ ص ٢٤٠ .

(٢) نقض فرنسى ١٢ نوفمبر سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ١ - ٤٦٩ - ٢٢ مايو سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٧ - ١ - ٤٩ - ٩ فبراير سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٤٥٥ - وإذا استولى الوكيل بموجب وكالة غير مشروعة على مبالغ واستعملها لحصلتها نفسه ، فإنه يعتبر مهدداً (نقض فرنسى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١٢ - ١ - ٢٨٥ - وانظر فى هذه المسألة بلانويول وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١٤٥٧ ص ٨٩١) - هل أنه إذا كان الوكيل يحمل عدم مشروعية الوكالة ، ونفذها مستقداً أنها مشروعة ، فله أن يرجع بأجره والمصارفات التى أنفقها فى تنفيذ الوكالة على الموكل كما لو كانت الوكالة مشروعة . والمفروض أن الوكيل حسن نية لا يسلم عدم مشروعية الوكالة ، والموكل هو الذى يحمل صبه إثبات علم الوكيل بعدم المشروعية (نقض فرنسى ١٦ يونيو سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٥ - ١ - ٢٥١ - ٦ أبريل سنة ١٨٨٦ سيريه ٨٨ - ١ - ٢٠٧ - ترولون فقرة ٣٤ - بون ١ فقرة ٨١٦ - بودوى وقال فى الوكالة فقرة ٤٥٨ ص ٢٤٠ - بلانويول وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١٤٥٧ ص ٨٩١ - محمى على عرق ص ٣٦٦) .

نيابة عن الموكل كالإقرار وتوجيه اليمين . وقد يستتبع التصرف القانوني القيام بأعمال مادية تعتبر ملحقة به ، كالبيع يستتبع التصديق على الإمضاء والتسجيل . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى ما يأتي :

« ويلاحظ في التعريف أن المادة ٩٧٢ من المشروع نصت صراحة على أن الوكيل يلتزم بأن يقوم بعمل قانوني ، فيصح التوكيل في البيع والشراء والرهن والارتهان والإيجار والاستئجار وفي سائر العقود الأخرى . كما يصح التوكيل في الوصية وفي قبولها وفي قبول الاشتراط لمصلحة الغير وفي تطهير العقار المرهون ، وكل هذه أعمال قانونية منفردة . وكذلك يجوز التوكيل في الإدلاء باعتراف وفي توجيه اليمين وفي الدفاع أمام القضاء ، وهذه كلها إجراءات قضائية تابعة لعمل قانوني هو إبداء الطلبات أمام القضاء نيابة عن الموكل (acte de conclusion) . ويلاحظ أن القيام بعمل قانوني قد يستتبع القيام بأعمال مادية تعتبر ملحقة به وتابعة له . أما إذا كان العمل المعهود به قد تمحضر عملاً مادياً ، فالحقد لا يكون وكالة بل يكون عقد عمل (اقرأ مقالة) ، فالتعاقد مع طبيب لإجراء عملية جراحية أو مع مهندس لبناء منزل لا يعتبر توكيلاً »^(١) .

٢٣٩ - مدى سعة الوكالة : وإذا تعين التصرف القانوني محل الوكالة ، فإن حرية العمل التي يتركها الموكل للوكيل في تنفيذ الوكالة تضيق وتوسع تبعاً لما يفتق عليه الطرفان . فقد يصل الموكل في تقييد حرية الوكيل إلى حد أن يحرمه من كل تقدير ، ولا يبق للوكيل إلا أن ينفذ تنفيذاً حرفياً تعليمات الموكل . ويكون الوكيل في هذه الحالة أقرب إلى أن يكون رسولاً (messenger) تنحصر مهمته في أن ينقل إرادة الموكل إلى الغير وينقل إرادة الغير إلى الموكل : فتكون الإرادة هي إرادة الموكل لا إرادة الوكيل ، ولا يكون التعاقد هنا بوكيل بل يكون تعاقدًا مباشراً يعمل فيه التعاقد الأميل بنفسه كما يتعاقد بكتاب أو برقية أو بالتلفون . ويعتبر في حكم الرسول لا في حكم الوكيل كل من يعهد إليه بعمل لا يدع له أي مجال للتصرف ، كوزع التذاكر على الجمهور

لدخول الحال العامة أو لاستعمال وسائل النقل من سكة حديدية وترام وأوتوبيس وما إلى ذلك^(١).

ولكن بمجرد أن يملك الوسيط شيئاً مهما قل من حرية التصرف، ولو للثبث من توافر شروط معينة فرضها الموكل للتعاقد، بحيث يعبر الوسيط عن إرادته هو لا عن إرادة الأصل، فإن الوسيط يبدأ في هذه الحالة أن يكون وكيلًا^(٢). وقد تنسح حرية الوكيل ولكن إلى حد محدود، فتفرض عليه الوكالة بأن يقوم بتصرف أو بتصرفات معينة طبقاً لتعليمات مفصلة، بل قد يفرض عليه الموكل الرجوع إليه في بعض التصرفات ليعتمدها، كما يقع غالباً في شأن الممثلين التجاريين والحوايين والطوافين وكلاء شركات التأمين^(٣). وقد تنسح حرية الوكيل إلى حد كبير فيترك له الموكل تقدير ما يقوم به من تصرفات قانونية وما يأخذ منها وما يبدع، وفيما يأخذ منها على أى شروط يتعاقد ومن يختار للتعاقد معه^(٤).

وسواء كان مدى حرية الوكيل ضيقاً أو واسعاً، فإن الوكالة، من ناحية التصرفات القانونية التي تكون محلاً لها، تنقسم إلى قسمين رئيسيين: وكالة عامة ووكالة خاصة.

٢٤٠ — **الوكالة العامة** — نص قانوني: تنص المادة ٧٠١ من التقنين المدني على ما يأتي:

١ — الوكالة الواردة في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل، لا تحول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة.

٢ — ويعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون. ويدخل فيها أيضاً كل عمل

(١) يبدآن ١٢ فقرة ٢٨٩ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٠ — أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٤ — فقرة ١٥ — وقارن أوبري وروولسان ٦ فقرة ٤١٠ ص ١٩٨ هامش ٧.

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٠ ص ٨٩٦ هامش ١.

(٣) بورديو ٢٦ أبريل سنة ١٨٨٧ دالوز ٨٨ — ٢ — ٢٩٧ — باريس ١٤ نوفمبر سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٥ — ٢ — ١١٩ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٠ ص ٨٩٦.

(٤) وقد نصت المادة ٩٣٢ مدني عراق على أنه: يصح تفويض الرأي للوكيل فيما وكل به كيف شاء، ويصح تقييده بتصرف مخصوص.

من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة ، كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المتقول الذي يسرع إليه التلف ، وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله^(١) .

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن الوكالة العامة هي التي ترد في ألفاظ عامة ، فلا يعين فيها الموكل محل التصرف القانوني المأمور به للوكيل ، بل ولا يعين نوع هذا التصرف القانوني ذاته . فيقول الموكل للوكيل مثلاً : وكلتك في إدارة أعمالي ، أو وكلتك في إدارة مزروعاتي أو متجري ، أو وكلتك عني في جميع أعمالي ، أو وكلتك في مباشرة جميع ما تراه صالحاً لي ، أو جعلتك بوكيلاً مفوضاً عني ، أو نحو ذلك من العبارات التي تشير إلى الإدارة أو لا تشير إليها ولكنها حتى لو أشارت إلى الإدارة تكون في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها .

وسواء أشارت الوكالة العامة إلى الإدارة أو لم تشر ، فإنها لا تخول الوكيل

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٧٧ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وصار رقمه ٧٣٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٣٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠١ (مجموعة الأعمال التشريعية - ص ١٩٢ - ص ١٩٥) .

ويقابل النص في التقنين المدني القديم م ١٥٠ - ١٥١ / ٣ : « وأما التوكيل العام فلا يترتب عليه إلا التفويض للوكيل في الأعمال المتعلقة بالإدارة » . (والتقنين المدني القديم يتفق في أحكامه مع التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٦٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٠١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٣١ : يصبح تخصيص الوكالة بتخصص الموكل به ، وتعيينها

بتعيينه . فن وكل غيره توكيلاً مطلقاً مفوضاً بكل حق هو له وبالخصومة في كل حق ، صحت للوكالة ولو لم يعين الخامس به والخامس . (ويختلف التقنين العراقي من التقنين المصري في أن التقنين الأول ، على خلاف التقنين الثاني ، يجعل التوكيل العام المطلق شاملاً لجميع أعمال الإدارة ولجميع أعمال التصرف ولو كانت تبرعية ، فلا يقتصر التوكيل العام كما قصره التقنين المصري على أعمال الإدارة) .

تقنين الموجبات والمقود النهائي م ٧٧٦ : يجوز أن تكون الوكالة عامة أو خاصة .

م ١/٧٧٨ : إن الوكالة العامة بإدارة شؤون الموكل لا تجوز للوكيل سوى القيام بالأعمال الإدارية . (وأحكام التقنينين اللتان تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

صفة إلا في أعمال الإدارة^(١) . فلا يجوز للوكيل أن يقوم بأى عمل من أعمال التصرف ، تبرعاً كان أو معاوضة ، إلا إذا كان هذا التصرف تقتضيه أعمال الإدارة كما سيأتى . ومن ثم لا يجوز للوكيل وكالة عامة أن يهب مال الموكل لأكله ولا بعضه ، ولا أن يبيع أى مال للموكل ، أو يشارك به ، أو يقرضه ، أو يصالح عليه ، أو يحكم فيه ، أو يرهنه ، أو يرتب عليه أى حق عيني أصلياً^(٢) كان هذا الحق أو تبعياً .

ولكن الوكالة العامة تخول الوكيل الصفة في القيام بجميع أعمال الإدارة . وهذا لا يمنع بداهة الموكل من أن يقصر التوكيل على بعض أعمال الإدارة دون بعض أو أن يقصرها على عمل معين بالذات من أعمال الإدارة ، ولكن الوكالة في هذه الحالة تكون وكالة خاصة لا عامة وتقتصر على أعمال الإدارة المحددة الواردة في ادون غيرها . أما إذا وردت الوكالة عامة ، فلنما تشمل جميع أعمال الإدارة دون تفريق بين عمل وعمل كما قدمنا . وهذا بخلاف أعمال التصرف فإنه لا يصح أن ترد فيها الوكالة عامة ، بل لابد من تخصيص نوع التصرف محل الوكالة على الأقل ، وسيأتى بيان ذلك^(٣) .

وقد أوردت الفقرة الثانية من المادة ٧٠١ مدنى سائلة الذكر طائفة من أعمال الإدارة التى تشملها الوكالة العامة ، ولكن هذه الأعمال لم ترد على سبيل الحصر بل ذكرت على أنها من أبرز أعمال الإدارة . وأول هذه الأعمال هو الإيجار لمدة لاتزيد على ثلاث سنوات^(٤) . وليس معنى ذلك أن الإيجار لمدة تزيد على ثلاث سنوات ليس من أعمال الإدارة ، بل هو من أعمالها ولكن لا تشملها الوكالة العامة ولا بد فيه من توكيل خاص . والاستئجار وإن كان من أعمال التصرف^(٥) تشملها الوكالة العامة إذا اقتضته أعمال الإدارة ،

(١) استئناف وطنى ٢ فبراير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٢٢٣ .

(٢) فلا يجوز أن يرتب حق ارتفاق أو ينزل عن حق ارتفاق (جيوار فقرة ٩٣ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٢٢) .

(٣) انظر مايل فقرة ٢٤٠ .

(٤) وقد جرى القضاء على ذلك في عهد التتتين المدنى القديم (استئناف غلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٨٥) .

(٥) وقد يكون من أعمال الإدارة على التفصيل الذى قدمناه في عقد الإيجار (الوسيط ٦ فقرة ٨٧) ، وعند ذلك تشملها الوكالة العامة .

كاستئجار الآلات الزراعية واستئجار السيارات ووسائل النقل الأخرى لنقل البضائع . وذكر النص بعد ذلك أعمال الحفظ والصيانة ، وتشمل الوكالة العامة العقود التي يبرمها الوكيل مع المفاوضين للقيام بأعمال الترميمات البسيطة والحسيمة سواء كانت مستعجلة أو غير مستعجلة ، وللقيام بتشجيع السيارات والآلات الميكانيكية الأخرى وتزويدها وإصلاح ما تلف منها ، والعقود التي يبرمها لإيداع المحصول أو البضائع في المخازن المعدة لذلك ، واستئجار الأنفاق لتتغية المزروعات من الحشرات ، وغير ذلك من أعمال الحفظ والصيانة . ويدخل في هذه الأعمال أيضاً رفع الدعاوى المستعجلة ، والتأمين من الحوادث ومن الحريق وغير ذلك من ضروب التأمين التي جرى العرف أن تعتبر من أعمال الإدارة البقطة^(١) . ثم ذكر النص استيفاء الحقوق ووفاء الديون . وتشتمل الوكالة العامة قبض حقوق الموكل وإعطاء مخالصات بها للمدينين^(٢) وإيداع القبوض لحساب الموكل ، ويجوز للوكيل أن يقبض الحقوق قبل حلول أجلها دون استئصال شيء منها^(٣) ، ولكن لا يجوز له أن يؤجل دفعها إلا بتوكيل خاص من الموكل . وتشمل الوكالة العامة كذلك وفاء ديون الموكل^(٤) ، وتوفى الديون مما يكون بيد الوكيل من أموال للموكل من جنس الدين ولو كان قد حصل عليها بعد الوكالة عن طريق إدارته لأموال الموكل^(٥).

(١) السنين ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٣ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ - ١٥٩ - بلاتيون وريبر وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٦٣ ص ٩٠١ - أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٤٦٦ .
(٢) استئناف مخطوط ٩ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٠١ - أوبرى ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٢ ص ٢١٣ .

(٣) استئناف مخطوط أول فبراير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٩٣ .
(٤) ولكن لا يجوز للوكيل وكالة عامة الوفاء بالتزام طبعى في ذمة الموكل ، لأنه لا جبر في الوفاء بالتزام الطبعى (بون ١ فقرة ٩٢٠ - جيوار فقرة ٩٠ - بودرى وفال في الوكالة فقرة ٥٣٤) .

(٥) جيوار فقرة ٨٩ - بودرى وفال في الوكالة فقرة ٥٣٣ ص ٢٨٥ - بل يجوز له إذا لم يكن يده مال الموكل يؤتى منه ما وكل في دفعه من الدين ، أن يبيع مالا للموكل ليوفى الدين بتمته (لوران ٢٧ فقرة ٤٢٥ - جيوار فقرة ٨٣ - بودرى وفال في الوكالة فقرة ٥٣٣ ص ٢٨٠) . وهناك رأى ينهب إلى أبعد من ذلك ، ويميز بين الأسهم والسندات والأوراق المالية في غير سداد الدين إذا كان يخشى من هبوط قيمتها (جيوار فقرة ٨٣ - بون ١ فقرة ٩٢٧ - فقرة ٩٢٨ - محمد عل عرفه ص ٣٦٩ - أكثم أمين المحول فقرة ١٦٧ ص ٢٠٩ - استئناف -

وليس ما تقدم هو كل أعمال الإدارة التي يستطيع أن يقوم بها الوكيل وكالة عامة ، فهناك أعمال إدارة أخرى غيرها لم يذكرها النص ويمكن أن يقوم بها الوكيل . من ذلك أنه يستطيع أن يقترض المال اللازم لإدارة أموال الموكل من حفظ وصيانة وإصلاح وترميم ، ولشراء ما يلزم للإدارة من مواش وآلات للزراعة ونحو ذلك^(١) ، ولكنه لا يستطيع أن يرهن مال الموكل ضماناً للقرض^(٢) . ويستطيع الوكيل وكالة عامة أن ينفذ على أموال مدين موكله لاستخلاص حقوق الموكل ، فيحجز على هذه الأموال حجز منقول أو حجزاً عقارياً أو حجزاً للمدين لدى الغير^(٣) . كما يجوز له أن يرفع دعاوى الحياة^(٤) ، دون دعاوى الملكية ودعاوى القسمة فهذه تقتضى توكيلاً خاصاً ، وأن يرفع جميع الدعاوى التي تنشأ من أعمال الإدارة التي يقوم بها^(٥) . ويستطيع أن يتوفى حقوق الموكل بمقابل وأن يوفى ديونه بمقابل ، إذا كان الوفاء بمقابل في مصلحة موكله^(٦) ، وأن يشطب الرهن بعد استيفاء الحق^(٧) ،

= مصر ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٦ ص ١٩ - عكس ذلك لوران ٢٧ فقرة ٤٢٥ - بودى وقال في الوكالة فقرة ٥٢٣ ص ٢٨١) .

(١) بون ١ فقرة ٩٢٥ - لوران ٢٧ فقرة ٤٢٠ و فقرة ٤٢٨ - ترولون فقرة ٢٨٨ - فقرة ٢٨٦ - جيوار فقرة ٨٢ - بودى وقال في الوكالة فقرة ٥٢٤ - بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٣ ص ٩٠٠ - ص ٩٠١ - محمد حل عرفة ص ٣٦٩) .

(٢) جيوار فقرة ٩٢ - بودى وقال في الوكالة فقرة ٥٢٤ ص ٢٨٢ - وذلك ما لم يكن الرهن ضرورياً للحصول على القرض (جيوار فقرة ٩٢ - بودى وقال في الوكالة فقرة ٥٢٤ ص ٢٨٢) .

(٣) لوران ٢٧ فقرة ٤٢٢ - بودى وقال في الوكالة فقرة ٥٢٨ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٥٦ - ولكن انظر في عدم جواز الحجز العقاري : بون ٩ فقرة ٩١٥ - جيوار فقرة ٨٦ .

(٤) أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٢ ص ٢١٣ .

(٥) جيوار فقرة ٩١ و فقرة ٩٤ - لوران ٢٧ فقرة ٤٢٠ - بودى وقال في الوكالة فقرة ٥٢٧ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٤٢ - ويجوز للوكيل وكالة عامة عند رفع الدعاوى التي تنشأ من أعمال الإدارة توجيه المدين والإقرار والسلع والمعن في الحكم بجميع الطرق المادية وغير المادية (بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٣ ص ٩٠٠ - أكم أمين الخول فقرة ١٦٧ ص ٢٠٩) .

(٦) بودى وقال في الوكالة فقرة ٥٣١ .

(٧) بون ١ فقرة ٩١٢ - جيوار فقرة ٨٥ - بودى وقال في الوكالة فقرة ٥٣٢ .

وأن يحدد الدين^(١) ، وأن يقطع التقادم^(٢) ، وأن يقيد الرهن ، وأن يحدد القيد .

وتقول الفقرة الثانية من المادة ٧٠١ مدني مأنفة الذكر إن الوكالة لا تقتصر على أعمال الإدارة ، بل تمتد أيضاً إلى أعمال التصرف إذا كانت أعمال الإدارة تقتضيها . ويشمل ذلك بيع المحصول وقبض ثمنه ، وبيع البضاعة وبيع المنقول الذي يسرع إليه التلف^(٣) وقبض أثمان ذلك كله ، وشراء ما يستلزمه الشيء عمل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله كشراء مبيدات الحشرات وشراء الآلات الزراعية اللازمة والأسمدة والبذور والمواشي^(٤) ووسائل النقل اللازمة لاستغلال المتاجر من سيارات ومركبات ونحو ذلك ، والقيام في إدارة متجر بأعمال التجارة ومحبب الكياليات وإعطاء الكفالات^(٥) . بل إن الوكالة العامة تشمل أن يستغل الوكيل ما بيده من مال للموكل في وجوه الاستغلال المختلفة مما يدخل في نطاق الإدارة الحسنة ، كشراء أسهم وسندات بل وفي شراء

(١) ترو لون فقرة ٢٨٨ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٣٢٠ وقرة ٥٢٥ - عكس ذلك : بون ١ فقرة ٩١٤ - جيوار فقرة ٨٥ .

(٢) جيوار فقرة ٩١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٣٥ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٢ ص ٢١٣ .

(٣) أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٢ ص ٢١٣ .

(٤) وقد قضى بأن التوكيل في إدارة أطيان يشمل جميع ما يلزم لزراعتها كشراء قحوم لإدارة وابورات الري المقامة فيها ، وكذا شراء الأدوات والبذور ، وأيضاً اقتراض ما يحتاج إليه من نقود لقيام بمثل أعمال الإدارة هذه (الرقازيق جزئ ٢٢ مارس سنة ١٩٣٢ الجديدة القضائية ١٢٥ ص ١٧ - وانظر في هذا المعنى استئناف غنطط ٨ يوفيه سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ٣٥٦) .

(٥) لقض فرقيس ٢٨ أغسطس سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ٣٩٦ - ٢١ مارس سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٣ - ١ - ٢٩٧ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٣ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ - ٤٩ - باريس ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٣٨ - ٧ - ٨٥ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٤٠ - بلانتيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٣ ص ٩٠٠ .

وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأنه إذا وكل تاجر شخصاً آخر توكيلاً عاماً في إدارة تجارته ، كان لوكيل الحق في التوقيع على السندات الإذنية من الموكل ، لأنها وغيرها من الصكوك التجارية الواسيلة الطبيعية لنماء التجارة وسرعة تداول العروض ، فإذا توقف التاجر الموكل من دفع ديونه التابعة بموجب هذه السندات جاز الحكم بشهر إغلامه (مصر الوطنية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٩ الحاماة ٣٠ رقم ٥٤٠ ص ١٢٤٧) .

المنقول والعقار إذا كانت مصلحة الموكل في ذلك واضحة^(١) . وللوكيل وكالة عامة أن يبالغ على حقوق موكله المتعلقة بالإدارة^(٢) . وقد تشمل الوكالة العامة بعض أعمال التبرع ، كالتنصيص والمديا المألوقة التي تعطى للخدم والمستخدمين إذ فيها معنى الأجرة^(٣) .

٢٤١ - الوكالة الخاصة - نص قانوني : تنص المادة ٧٠٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه الجين والمراقبة أمام القضاء .

٢ - والوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات .

٣ - والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها ، وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر الجارى^(٤) .

(١) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٢٢ - بلانويل وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٦٣ ص ٩٠٠ - محمد حل حرفة ص ٣٦٩ .

(٢) استئناف مغلط ١١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١٨ .

(٣) جيزارد فقرة ٨٤ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٢٥ - محمد حل حرفة ص ٣٧٢ - أكرم أمين الخولي فقرة ١٦٧ ص ٢١٠ .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٧٦ من المشروع التمهيدى على وجه مقادير لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية وغير ترتيب الفقرات ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٧٣٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٣٣ ، ومجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩٥ - ص ١٩٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني القديم : م ٦٢٩/٥١٥ - ٦٣١ : يجوز أن يكون التوكيل خاصاً أو عاماً . فالتوكيل الخاص لا يترتب عليه إلا الإذن للوكيل بإجراء الأعمال المينة في التوكيل وتوابعها الضرورية ، وأما التوكيل العام فلا يترتب عليه إلا التوفيق للوكيل في الأعمال المتعلقة بالإدارة .

وبتبيين من النص المتقدم الذكر أنه إذا كانت أعمال الإدارة تحتمل الوكالة العامة فتشمل هذه جميع أعمال الإدارة على الوجه السابق ذكره ، كما تحتمل الوكالة الخاصة فلا تشمل الوكالة إلا أعمال الإدارة المحددة الواردة فيها على النحو الذى بيناه فيما تقدم ، فإن أعمال التصرف لا تحتمل إلا الوكالة الخاصة ولا تجوز فيها الوكالة العامة . وإذا أمكن أن يوكل شخص شخصاً آخر فى جميع أعماله أو فى إدارة أعماله أو فى جميع أعمال الإدارة فينصرف هذا التوكيل العام إلى جميع أعمال الإدارة على التفصيل الذى قدمناه ، فإنه ليس من الجائز أن يوكله فى جميع أعمال التصرف دون تحديد لأنواع معينة من هذه الأعمال ،

= م ١٦٦/٦٣٢ : لا يسوغ الإقرار بشئ بطريق التوكيل ولا طلب يمين ولا المرافعة فى أصل الدعوى ولا تحكم بمحكى ولا إجراء مصالحة أو بيع عقار أو حق عقارى أو ترك التأمينات مع بقاء الدين أو إجراء أى عقد يتضمن التبرع ، إلا بعد إثبات توكيل خاص بذلك أو تفويض خاص ضمن توكيل عام .

م ١٧٣/٦٣٣ : التوكيل فى بيع عقارات الموكل يتضمن الإذن ببيع عقار غير منصوص عليه ، وكذلك التوكيل فى تحكم المحكى أو فى إجراء المصالحة يتضمن التفويض لوكيل فى إجراء ذلك فى جميع حقوق الموكل ولو غير منصوص عليها . والحاصل أن التوكيل العام فى جنس عمل يكون متبراً بدون نص على موضوع العمل ، إلا فيما يتعلق بمقود التبرعات .

(وأحكام التفتين المدنى القديم تنطبق مع أحكام التفتين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدنى السورى م ٦٦٨ (مطابق) .

التفتين المدنى الليبى م ٧٠٢ (مطابق) .

التفتين المدنى العراقى م ٩٣١ : يصح تفويض الوكالة بتفويض الموكل به ، وتعميمها

بتعميمه . فن وكل غيره توكيلاً مطلقاً مفوضاً بكل حق هو له وبالمقصود من كل حق له ، صحت الوكالة ولو لم يمين الخامس به والخامس . (وعُتِلِفَ التفتين العراقى عن التفتين المصرى فى أن التفتين الأول ، بخلاف التفتين الثانى ، يجوز الوكالة العامة فى جميع أعمال التصرف والتبرع ، ثم هو لا يشترط فى الوكالة فى التبرعات تعيين محل التبرع) .

تفتين الموجبات والمقود البنى م ٧٧٧ : إن الوكالة الخاصة هى التى تعطى للوكيل فى مسألة أو عدة مسائل معينة أو التى تمنحه سلطة خاصة محدودة . وهى لا تتحول حق التصرف إلا فيما عينته من المسائل أو الأعمال وتوابها الضرورية حسبما يقتضيه نوع العمل أو العرف .

م ٧٧٨/٢ : أما أعمال التفرغ والمصالحة والتحكم فتقتضى على الدوام وكالة خاصة . (وأحكام التفتين البنى تنفق فى مجموعها مع أحكام التفتين المصرى ، إلا أن التفتين البنى لا يحدد بالذات الأعمال التى تقتضى وكالة خاصة ، وكذلك لا يشترط فى الوكالة فى التبرعات تعيين محل التبرع) .

ويكون هذا التوكيل في أعمال التصرف باطلا ولا تكون للوكيل صفة في مباشرة أى عمل من أعمال التصرف . فلا بد إذن من وكالة خاصة لكل عمل من أعمال التصرف ، فتكون الوكالة في البيع أو في الشراء أو في الهبة أو في دفع حصة في الشركة أو في الإقراض أو في الصلح أو في الرهن أو في ترتيب حق انتفاع أو حق ارتفاق أو أى حق عيني آخر أصلى أو تبعي . ويجوز أن تقتصر الوكالة الخاصة على تصرف واحد من هذه التصرفات ، كما يجوز أن تشمل طائفة منها ، ولكن يجب في هذه الحالة الأخيرة أن تبين الوكالة على وجه التحديد . كل نوع من أنواع التصرفات التى تدخل فيها ، فتتعدد الوكالات الخاصة بتعدد أعمال التصرف وإن كان بضمها جميعاً ورقة واحدة^(١) . ويجب التمييز هنا ، في أعمال التصرف ، بين المعاوضات والتبرعات .

فالمعاوضات ، كالبيع والرهن ، وإن كان لابد فيها من وكالة خاصة ، إلا أنه يصح أن تصدر هذه الوكالة دون تحديد للمحل الذى يقع عليه التصرف ، فتكون خاصة في نوع التصرف وعامة في محله . ومن ثم يجوز أن يوكل شخص شخصاً آخر في بيع منزل معين ، كما يجوز أن يوكله في البيع بوجه عام . وفي هذه الحالة الأخيرة يكون للوكيل صفة في بيع أى مال للموكل بل في بيع جميع أمواله ، ولكن لا يجوز له أن يرهن هذه الأموال^(٢) أو أن يرتب عليها حقاً عينياً آخر^(٣) أو أن يصالح عليها أو أن يقرضها أو أن يجرى فيها أى تصرف . آخر غير البيع ، إذ لابد لكل نوع من هذه التصرفات من توكيل خاص^(٤) .

(١) وإذا خلت عبارة التوكيل عن النص على التنازل عن الحقوق ، ولكنها كانت صريحة في تفويض الوكيل لإجراء الصلح ، وتنازل الوكيل عن حقوق موكله قبل خصمه مقابل تنازل الخصم عن حقوقه ، فهذا لا يكون تنازلاً محضاً من طرف واحد ، وإنما هو صلح بما تنسج له حدود التوكيل (نقش مدنى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٨ ص ٢١٩) .

(٢) ولكن قد يتضح من الظروف أن قصد الموكل من إعطاء التوكيل بالبيع الحصول على نفوذ هو فى حاجة إليها ، فيجوز في هذه الحالة للوكيل إذا تمذر عليه البيع أن يرهن ماله . الموكل المحصول على النفوذ المطلوبة (جوار فقرة ٩٧ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٥٣ - محمد على عروة ص ٣٧٣) .

(٣) كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو غير ذلك من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية ..

(٤) وقد قضى بأن الإقرار بحق المحكر هو حق عيني يقتضى توكيلاً^٢ (استئناف مخطوط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٥) . وكذلك يقتضى توكيلاً خاصاً إثباته بالآتي =

والتوكيل في الصلح لا يتضمن التوكيل في التحكيم ، والعكس صحيح فلا يتضمن التوكيل في التحكيم التوكيل في الصلح^(١).

أما التبرعات ، كالمبة والإبراء ، فيجب أن تكون الوكالة فيها خاصة في نوع التصرف وخاصة أيضاً في محله . فلا يكفي أن يوكل شخص شخصاً آخر في المبة أو في الإبراء ، بل يجب أيضاً أن يعين المال الذي وكله في هبته أو الدين الذي وكله في الإبراء منه . فيذكر أنه وكله في هبة منزل معين أو أرض

= صلح مع ملته المفلس (concordat) ينزل بموجبه عن جزء من حقه (استئناف مخطوط ٨ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٢٦) . والتقدم في مزايمة يقتضي توكيلاً عاماً (استئناف مخطوط ٢٥ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٦) . وكذلك فتح حساب جار (استئناف مخطوط ٩ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ١٢) . والتوكيل في نزاع ملكية عقار المدين لا يتضمن توكيلاً في الدخول في مزايمة هذا العقار (استئناف مخطوط ٢٥ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٦ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) . ولكن التوكيل في الدخول في المزايمة يتضمن التوكيل في التقرير بالشراء عن الغير (استئناف مخطوط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٠) . والتوكيل في الرهن يتضمن التوكيل في الاقتراض (استئناف مخطوط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧١ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥٥) . ومع ذلك فقد قضى بأن التوكيل في الرهن لا يتضمن التوكيل في الاقتراض (استئناف مخطوط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٥٥ ص ١٠) - ويقتضي الطعن بالتزوير توكيلاً خاصاً (م ٨١١ مرافعات - انظر عكس ذلك استئناف مخطوط ١٩ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٧) - ويقتضي توكيلاً عاماً حوالة حق مضمون برهن (استئناف مخطوط ٢ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٩) - ولا يجوز للوكيل أن يستعمل التوكيل لصالحه إلا بتفويض خاص ، فن وكل في الرهن لا يجوز له أن يرهن مال موكله لضمان ديونه الشخصية إلا بإذن خاص من الموكل (استئناف مخطوط ٢٠ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٧٥ - ١٤ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٩) .

(١) استئناف وطني ١١ فبراير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٣١ - أول ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٩٣ ص ٩٢ - مصر استئنافي ٥ يولي سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٣٤ ص ٢٦ - استئناف مخطوط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٧٠ - ٣٠ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦١ - ١٥ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٢٧ - ١٤ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢١٥ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٢ - والتوكيل في الرهن لا يتضمن التوكيل في الكفالة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا نص التوكيل على تحويل الوكيل أن يرهن ما يرى رهنه من أملاك الموكل ويتقاضى مقابل الرهن ، فإنه يكون مقصوداً على الاستدانة ورهن ما بين الدين من أملاك الموكل ، ولا يجوز الاعتماد عليه في أن يكفل الوكيل باسم موكله مديناً وأن يرهن ألبان الموكل تأمينا لوفاء بالدين (نقض مدني أول أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٩ ص ١٤١ - وانظر استئناف مخطوط ٣ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٤٦ - ٢٤ ملونين سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٣٠٦ - ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤١) .

معينة أوسيارة بالذات أو كذا أردباً من القمح من نوع معين ، أو وكله في إيراد مدين معين من الدين الذى له في ذمته ومقداره كذا أو تاريخه كذا أو وصفه كذا ويصفه بما يعينه تعييناً كافياً^(١) . وللفرق بين المعاوضات والتبرعات في هذا الصدد يرجع إلى أن التبرعات أشد خطورة من المعاوضات ، فيجب أن يكون التوكيل فيها محدداً تحليداً أدق من التحديد في المعاوضات ، فمعين نوع التصرف وعمله معاً حتى لا تطلق حرية الوكيل في التبرع بمال موكله كما يشاء . وتصح الوكالة الخاصة في أعمال الإدارة كما قدمنا ، ويعين التوكيل في هذه الحالة عملاً من أعمال الإدارة أو طائفة من هذه الأعمال تقتصر الوكالة عليها : ولا يشترط في الوكالة الخاصة في أعمال الإدارة ، كما لا يشترط في الوكالة الخاصة في المعاوضات ، تحديد المحل الذى يقع عليه العمل . ومن ثم يجوز التوكيل في إيجار أرض معينة ، أو في الإيجار بوجه عام ، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون للوكيل صفة في إيجار أى مال للموكل ، ولكن ليس له أن يقوم بأى عمل غير الإيجار ، فلا يجوز مثلاً أن يدير أرضاً للموكل بطريق الزراعة على الذمة .

والوكالة الخاصة ، سواء كانت في التبرع أو التصرف أو الإدارة ، يجب عدم التوسع في تفسيرها ، إذ تقول الفقرة الثالثة من المادة ٧٠٢ مدنى سالف الذكر : « والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في الأمور المحددة

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الوكالة الخاصة تصح في نوع معين من الأعمال القانونية ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات (م ٧٠٢/٢ مدنى) فإن الوكالة الخاصة فيه لا تصح إلا إذا كان المال محل التبرع معيناً على وجه التخصيص ، بحيث إذا لم يرد بالتوكيل بيان للأعيان محل التبرع فلا يكون للوكيل سلطة القيام بأعمال التبرع نيابة عن الأصهل . ومن ثم فإذا كان المعلنون عليه قد عهد إلى وكيله بالتنازل عن نصيبه في ميراث ولم يعين في عقد الوكالة المال بالذات الذى أنصب عليه التبرع ، فإن هذا التنازل يكون قد وقع باطلاً ، ولو كان الوكيل عالماً بالمال محل التبرع ، طالما أن القانون قد اشترط تعيينه في ذات سند التوكيل (فقضى مدنى ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٤٩ ص ٩٧٧) . وتوكيل شخص شخصاً آخر في أن يكفل نيابة عنه مدينة معينة يعتبر توكيلاً في عقد من عقود التبرع إذا كان الكفيل لا يتقاضى أجراً على كفالاته ، ومن ثم يجب أن يصدر توكيل خاص في ذلك وأن يتضمن هذا التوكيل الخاص تعيين الدين المكفول تميناً كافياً (قرب نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٩ ص ١٤١ وهو الحكم السابق الإشارة إليه - محمد على هرة ص ٣٧٤) .

فيها . فالنوكيل في الإبراء من دين لا يشمل التوكيل في حوالاته . والتوكيل في بيع منزل أو في إيجاره لا يشمل التوكيل في قبض الثمن^(١) أو الأجرة^(٢) . والتوكيل في قبض دين لا يشمل التوكيل في مقاضاة الدين^(٣) ، ولا في منحه أجلا للوفاء ، ولا في إبرائه ولومن جزء من الدين ، ولا في الحوالة ، ولا في الصلح ، ولا في التصرف فيها بقبضه الوكيل من الدين ولولو لمصلحة الموكل^(٤) . والتوكيل في الاقتراض لا يشمل التوكيل في الرهن^(٥) .

والخاص لا بد أن يصدر له توكيل خاص في المرافعة أمام القضاء في قضية

(١) ومع ذلك فقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « هل أن التوكيل في البيع يتناول ما يقتضيه البيع من أمور ثابتة له وفقاً لطبيعته والعرف الجاري ، فيجوز للوكيل في البيع أن يقبض الثمن وأن يسلم المبيع » (مجموعة الأعمال التحضيرية هـ ص ١٩٨ - وانظر أحكام أمين المحول فقرة ١٦٩ ص ٢١٢) . والظاهر أن الأمر في ذلك يرجع إلى نية المتعاملين ، فقد يقصدان أن يشمل التوكيل في البيع قبض الثمن وقد يقصدان ألا يشمل ، وعندئذ يرجع إلى العرف الجاري . وهذا غير الوكالة العامة في أعمال الإدارة ، فقد قلنا أنها تشمل بيع المصنوع والبضائع والمنقول الذي يسرع إليه التلف وقبض أثمانها (انظر آنفاً فقرة ٢٣٩) .

(٢) نقض فرنسي ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ *Rép. gén. du notariat* ١٩٣٩ - ٢٥٤٦٣ -
 ١٠ فقرة ٩٤٤ و ٩٥٥ - لوران ٢٧ فقرة ٤٣٥ - جيوار فقرة ٩٧ - يودى وقال في الوكالة فقرة ٥٥٣ - أوبري ودو وإسبان ٦ فقرة ٤١٢ ص ٢١٤ - بلانيول وريبير وسالفاتيه ١١ فقرة ١٤٦١ - بلانيول وريبير وولاتجيه ٢ فقرة ٣٠٢٤ - كولان وكايتان وصى لامورانديير ٢ فقرة ١٣٥٥ - أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ *Mandat* فقرة ١٥٩ - محمد كامل مرسى فقرة ١٩٢ ص ٢٦٢ - محمد حل هرقه ص ٣٧٣ .

(٣) وهذا غير الوكالة العامة في أعمال الإدارة ، فقد قلنا أنها تشمل قبض الدين ومقاضاة الدين والتنفيذ على أمواله (انظر آنفاً فقرة ٢٣٩) .

(٤) نقض فرنسي ٢٤ يونيو سنة ١٨٦٧ دالوز ٦٨ - ١ - ٢٩ - مجلس الدولة الفرنسي ١٥ يناير سنة ١٨٩٢ سيرييه ٩٣ - ٣ - ١٤٣ - أنجيه ٩ أبريل سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ٣ - ٥٠ - بون ١ فقرة ٩٤١ - لوران ٢٧ فقرة ٤٣٨ - جيوار فقرة ٩٧ - يودى وقال في الوكالة فقرة ٥٤٧ ص ٢٩٢ - بلانيول وريبير وسالفاتيه ١١ فقرة ١٤٦١ ص ٨٩٧ .
 (٥) نقض فرنسي ١٤ يناير سنة ١٩٤٨ *J.C.P.* ١٩٤٨ - ٢ - ٤٥٢٤ - بلانيول

وريبير وسالفاتيه ١١ فقرة ١٤٦١ ص ٨٩٨ - والتوكيل في شراء البيرة والفلفل لا يشمل التوكيل في الاقتراض (استئناف غخط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٨١) . ولكن التوكيل في الرهن يشمل التوكيل في الاقتراض كما سبق القول (انظر آنفاً نفس الفقرة في المالحش) . والتوكيل في الاقتراض على وجه معين لا يشمل التوكيل في الاقتراض بوجه عام ولا في إصدار لوائح تجارية (استئناف غخط ١٧ مايو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٢٣٥) .

معينة أو في جميع القضايا التي ترفع من موكله أو عليه^(١) . وتوكيله في المرافعة أمام القضاء لا يشمل توكيله في الصلح ولا في التحكيم ولا في الإقرار ولا في توجيه اليمين ، بل لابد من توكيل خاص لكل تصرف من هذه التصرفات ، أي يجب أن يذكر في التوكيل الصادر للمحامى أنه موكل في المرافعة أمام القضاء وفي الصلح والتحكيم والإقرار وتوجيه اليمين^(٢) ، فإذا أغفل ذكر تصرف من هذه التصرفات لم تكن للمحامى صفة في مباشرته^(٣) . كذلك لا يتضمن توكيل المحامى في المرافعة أمام القضاء توكيله في ترك المرافعة أو في قبول الحكم أو في الزول عنه أو في الطعن في الحكم بطرق الطعن العادية^(٤) أو غير العادية

(١) ويجب في جميع الأحوال توكيل خاص في الوكالة بالمصونة ، فإذا أعلن الشفيع طلب الشفعة إلى وكيل البائع ولم يكن عند هذا الأخير توكيل خاص في المصونة كان الإعلان باطلا ، ولا يجوز به انقضاء المواعيد إعادة الإعلان للبائع نفسه (استئناف مخطوط ٩ يونيو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٨١) . وإذا وكل المحامى في قضية معينة ، فلا يند التوكيل إل قضية أخرى (استئناف مخطوط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٢٩) . وتوكيل المحامى في أن يقوم بكل ما يراه في صالح موكله يكتفى لإجباره توكيلا في رفع الدعاوى والمرافعة فيها (استئناف مخطوط ١٢ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٥٥) .

(٢) وإذا وجه المحامى اليمين دون توكيل خاص ، جاز للموكل أن يقر هذا التصرف به وقوعه (استئناف مخطوط ١٩ مارس سنة ١٨٩٠ م ، ص ٣٧٩) .

(٣) استئناف مخطوط ١٧ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٢٩-١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٨٧ - ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣١٥ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ١٩ - ١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٨-٩ يوليو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٢-٢ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥١ - نقض فرنسي ٩ ديسمبر سنة ١٨٦٣ سيرييه ٦٤ - ١ - ١٧٧ - السين ٥ فبراير سنة ١٩٠١ La Droite ١٠ مايو سنة ١٩٠١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٤٧ ص ٢٩٣ . ولا يعتبر تكييف المحامى لدعوى إقراراً بحق يستلزم توكيلا خاصاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قرر محامى الشريك في دعوى بيع رفعت عنه من باقي شركائه أنه موكل منهم على الشروع وأن الدعوى التي توجه إليه يجب أن تكون دعوى حساب ، فإن هذا القول لا يعتبر إقراراً بحق يستلزم توكيلا خاصاً من موكله ، وإنما هو من وسائل الدفاع الممنولة للمحامى بمقتضى التوكيل الصادر إليه من موكله ترتبط ارتباطاً وثيقاً بسلطته في إعطاء التكييف القانوني للدعوى واتخاذ إجراءات الدفاع التي يراها مما يطوى عليه ذلك التوكيل (نقض مدني ١٧ أكتوبر سنة ١٩٥٧ مجسوة أحكام النقض ٨ رقم ٧٦ ص ٧١٩) .

(٤) ومع ذلك انظر في أن التوكيل في المرافعة يشمل التوكيل في الطعن في الحكم بطريق الاستئناف : دائرة النقض الجنائية ١٥ أكتوبر سنة ١٩١٣ المجسوة الرسمية ١٥ رقم ٥ ص ١٠ - استئناف مخطوط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٧٤ (ويبحث في هذا الحكم حالة ما إذا وقع ..

أو في النزول عن حق الموكل ، بل يجب أن يذكر كل ذلك في التوكيل الصادر للمحامى حتى تكون له صفة في مباشرته (١).

= المحامى استئنافاً دون أن يعلم الموكل أنه خسر الدعوى بحكمة أول درجة إذ لا يمكن القول في هذه الحالة بتوكيل ضمني) - إكس ٩ يورنيه سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٧ - ٥ - ٢٦٨ - بلانيول وديبير وسافانييه ١١ فقرة ١٤٦٢ ص ٨٩٨ .

(١) استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٠٠ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٥ - ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤١ - ٨ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥ - أسبوت ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ الحاماة ٧ رقم ٢٤ ص ٤٣ - نقض فرنسي ٢٩ يناير سنة ١٨٥٠ سيريه ٥٠ - ١ - ١٩٢ - ٩ ديسمبر سنة ١٨٦٣ سيريه ٦٤ - ١ - ١٧٧ - ٢٥ فبراير سنة ١٨٩١ سيريه ٩٤ - ١ - ٣٥١ - ٤ أبريل سنة ١٨٢ سيريه ٩٣ - ١ - ٢٦٠ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٩ - ٢٨ جودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٥٨ - بلانيول وديبير وسافانييه ١١ فقرة ١٤٦١ ص ٨٩٧ - محمد كامل مرسى فقرة ١٩٢ ص ٢٦٣ .

وقد ورد نصان في تقنين المرافعات يحددان نطاق التوكيل بالخصوصة ، وما يدخل في عموم هذا التوكيل ، وما يجب أن يصدر فيه تفويض خاص . فنصت المادة ٨١٠ مرافعات على أن التوكيل بالخصوصة يحول الركيل سلطة القيام بالأعمال والإجراءات اللازمة لرفع الدعوى ومباشرتها أو الدفاع فيها ، واتخاذ الإجراءات التحفظية إلى أن يصدر الحكم في موضوعها في درجة التقاضي التي وكل فيها ، وإعلان هذا الحكم وقبض الرسوم والمصاريف . وذلك بشرط إخلال بما أوجب فيه القانون تفويضاً خاصاً . وكل قيد يرد في سند التوكيل على خلاف ما تقدم لا يبيح به به على المضم الآخر . ونصت المادة ٨١١ مرافعات على أنه « لا يصح بثير تفويض خاص الإقرار بالحق المدعى به ولا التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم فيه ، ولا قبول الخمين ولا توجيهها ولا ردّها ، ولا ترك الخصومة ولا التنازل عن الحكم أو عن طريق من طرق العلم فيه ، ولا رفع الحجز ولا ترك التأمينات مع بقاء الدين ، ولا الادعاء بالتزوير ، ولا رد التقاضي ولا خصاصته ولا رد الخبير ، ولا العرض للفعل ولا قبوله ، ولا أى تصرف آخر يوجب القانون فيه تفويضاً خاصاً . وكل ما يقع خلاف ذلك يجوز التمسك منه » .

وتجديد مدى الوكالة مسألة واقعة فيها قاضي الموضوع . وقد قضت محكمة النقض بأن لقاضي الموضوع ، بما له من السلطة في تعرف حقيقة ما أراده الماتدان في العقد المبرم بينهما ، أن يجدد مدى الوكالة على مدى ظروف الدعوى وملاساتها . فإذا كانت المحكمة في الدعوى المرفوعة على المحامى من موكله يتألبه بمبلغ مقابل ما أضعاه عليه بإهماله تجديد قيد الرهن على الأفيان التي وكله في مباشرة إجراءات نزع ملكيتها حتى سقط القيد وأصبح دينه عادياً ، وقد قضت على المحامى بالتعويض ، مؤسسة قضاها على ما استظهرته من عقد الوكالة المحرر للمحامى وما استخلصته من الظروف والملاسات التي صدر فيها من أنه وإن كان متعلقاً بدعوى معينة إلا أنه عام فيها ، فيشمل التزام المحامى بالعمل على تجديد الرهن في الميعاد ، وكان ما حصلته المحكمة من ذلك تبرره المقدمات التي ساقها ولا يتعارض مع أى نص في عقد الوكالة ، فلا تقبل مناقشتها لدى محكمة النقض بدعوى أنها مسخت ذلك العقد وحولت معناه (نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٣ ص ٤٥٨) .

٢٤٢ - الوكالة تشمل ما تقتضيه من فروع ضرورة: ومع ذلك

فهناك وجه للتوسع في تفسير الوكالة ، فقد قضت الفقرة الثالثة من المادة ٧٠٢ مدني سائلة الذكر بأن الوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها « وما تقتضيه هذه الأمور من توابيع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري »^(١). وهذا النص لا ينطبق فحسب على الوكالة الخاصة في أعمال التصرف من معاوضات وتبرعات ، بل أيضاً على كل وكالة فيشمل الوكالة الخاصة في عمل من أعمال الإدارة والوكالة العامة في جميع أعمال الإدارة: فالوكالة في البيع تشمل تسليم المبيع^(٢) ، والوكالة في الإيجار تشمل تسليم العين المؤجرة ، والوكالة في الشراء تشمل تسليم العين المشتراة^(٣)، والوكالة في الاستئجار تشمل تسليم العين المستأجرة ، والوكالة في الاقتراض تشمل تسليم المبلغ المقرض . وتشمل الوكالة في قبض الدين إعطاء المخالصة بدفعه وشطب الرهن الذي يضمنه^(٤) ، وقبض الدين قبل ميعاد حلوله^(٥) ، واستيفاء جزء من الدين إذا جرى العرف بذلك. أو انصرفت إليه نية المتعاقدين^(٦) . وتشمل الوكالة في الوفاء بدين الموكل من أي مال يستطيع

(١) نقض فرنسي ١٣ نوفمبر سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ٤٩١ - بودوي وقال في الوكالة فقرة ٤٤٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٢ .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد ٥ ص ١٩٨ (انظر أيضاً فقرة ٢٤٥ في هامش) - ولكن لا يجوز للوكيل بالبيع أن يدرج في العقد الذي أبرمه تنفيذاً لوكالة شروطاً تربط موكله بالتزامات أكثر مما أوجب القانون بغير تفويض خاص ، فلا يجوز للوكيل في حوالة الحق أن يحمل موكله ضماناً لسيار المدين في الحال والاستقبال إلا إذا غول هذا الحق صراحة في سند التوكيل ، لأن الضمان الوحيد المنصوص عليه في القانون العام هو ضمان وجود الدين وقت الحوالة (شين الكوم استئناف ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ الحامدة ١٣ رقم ٢٩١ ص ٥٦٥) . والتوكيل في بيع المحصول لا يحول التوكيل إلزام موكله بدفع تمويش عند عدم تسليم المحصول (استئناف مخطوط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٥١ - ومع ذلك قلون استئناف مخطوط ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١١) .

(٣) بودوي وقال في الوكالة فقرة ٥٥٦ - أنيكلويدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٦٢ .

(٤) نقض فرنسي ٩ نوفمبر سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ - ١ - ٨٧ - جيوار فقرة ٩٧ - بلانيول وريبير وبولانجه ٢ فقرة ٣٠٢٤ - محمد علي عركة ص ٣٧٣ .

(٥) نقض فرنسي ٢٢ يناير سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٤٧٨ .

(٦) نقض فرنسي ٢٤ يوفيه سنة ١٨٦٧ دالوز ٦٨ - ١ - ٢٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٢ ص ٨٩٨ .

الوكيل الحصول عليه الاقراض لوفاء الدين بالمبلغ المقرض^(١) . وتشمل الوكالة في بيع أسهم لوفاء دين الموكل إعطاء هذه الأسهم للدائن في مقابل دينه^(٢) .

ويمكن القول بوجه عام إن الوكالة تشمل كل ما يقتضيه تنفيذها من تصرفات أو أعمال ضرورية ، ويرجع في ذلك إلى طبيعة التصرف عمل الوكالة وإلى ما جرى به العرف ، وقبل ذلك إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين^(٣) .

٢٤٣ - إثبات مدى سعة الوكالة : ومتى ثبت وجود الوكالة وفقاً لقواعد الإثبات السابق بيانها^(٤) ، ولم يبق إلا تحديد مدى سعة الوكالة ، فإن إثبات هذا المدى يكون بجميع الطرق ومنها البيئة والقرائن ، ولوزادت قيمة الوكالة على عشرة جنهات . ذلك أن الوكالة متى ثبت وجودها ، فإن مدى سعتها ليس إلا تفسيراً لمضمونها ، والتفسير من أمور الواقع التي يضطلع بها قاضي الموضوع .

وعلى من يتمسك بالوكالة يقع عبء إثبات مدى سعتها : على الوكيل إذا كان يريد الرجوع على الموكل بالمصروفات التي أنفقها أو بالأجر أو بالتعويض ، وعلى الموكل إذا كان يطالب الوكيل بتنفيذ الوكالة أو بتقديم حسابها ، وعلى الغير الذي تعاقد مع الوكيل إذا كان يطالب الموكل بتنفيذ التصرف عمل الوكالة^(٥) .

فالأمر إذن ينتهي إلى قاضي الموضوع ، وهو الذي يبت ، دون معقب عليه من محكمة النقض إلا إذا مسخ شروط الوكالة ، في مدى سعتها من حيث

(١) جيوار فقرة ٩٧ - بودي وقال في الوكالة فقرة ٥٠ - بلانويل وريبير وساتانيه

١١ فقرة ١١٤٦٢ ص ٨٩٩ - ولكن تارن أنيكلويدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٦٧ -

(٢) باريس ١٢ يولييه سنة ١٩٨٢ دالوز ٩٣ - ٢ - ٥٠٩ - بلانويل وريبير وساتانيه

١١ فقرة ١٤٦٢ ص ٨٩٩ .

(٣) أكّم أمين المحول فقرة ١٦٩ ص ٢١٢ .

(٤) أنظر أكفاً فقرة ٢٢٢ .

(٥) بودي وقال في الوكالة فقرة ٥٩٠ .

ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية ، ومن حيث ما ترك للوكيل من حرية
فى القيام بهذه التصرفات^(١) .

(١) نقض فرنس ٢٣ يولييه سنة ١٨٨٩ دالوز ٩١ - ١ - ١٩ - ٢٥ فبراير سنة ١٨٩١
سيرييه ٩٤ - ١ - ٣٥١ - ١٤ يولييه سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٦ - ١ - ٥٠٨ - ١٥ يولييه
سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٦ - ١ - ٣١ - ٩٥ يولييه سنة ١٨٩٦ سيرييه ٩٧ - ١ - ١٣٣ -
٢٩ يناير سنة ١٩٠٦ سيرييه ١٩١١ - ١ - ٩٤ - ١٩ فبراير سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧ -
١ - ٢٣٢ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ٤٩١ - بودرى وقال فى الوكالة
فقرة ٥٦١ - أوبرى ورو وإسبان فقرة ٤١٢ ص ٢١٥ - بلانويول وريبير وسافاتييه ١١
فقرة ١٤٦٤ - كولان وكاپيتان ودى لاوراندبير ٢ فقرة ١٣٥٥ - أنسيلكوييه دالوز ٣
لفظ Mandat فقرة ١٢٧ - محمد على عرفة ص ٣٧٥ .

وقد خلصت المذكورة الإيضاحية للشروع التمهيدى ما قدمناه عن الوكالة العامة والوكالة
الخاصة وعن تدرج الوكالة فى التخصص بسبب غطورة التصرف على الوكالة فى العبارات الآتية:
« تعرض المادتان ٩٧٦ و ٩٧٧ (م ٧٠١ وم ٧٠٢ ملى) للوكالة العامة والوكالة الخاصة .
فالوكالة العامة هى التى ترد فى ألفاظ عامة دون أن يحدد لها عمل قانونى معين . فإذا وكل شخص
آخر توكيلا عاما ، انصرفت الوكالة إلى أعمال الإدارة ، كالإيجار لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات
وقبض الحقوق وفاء الديون والقيام بأعمال الحفظ والسيانة ، وكذلك قطع القضاء وقيد الرهن
وتجديد التقييد وتوقيع الحجر التجفلى ورفض الدعاوى المستعجلة ودعاوى وضع اليد . ويدخل
فى أعمال الإدارة أعمال التصرف التى تقتضيا أعمال الإدارة ، كبيع المحصول والبضاعة وبيع
ما يسرع إليه التلف وشراء مواشى ، وآلات الزراعة . أما الوكالة الخاصة فهى التى تحدده بعمل
أو أعمال قانونية معينة ، كالتوكيل فى البيع والشراء والصلح والتحكيم والتوكيل فى الإيجار وفى
جميع المحصول . ويتبين من ذلك أن الوكالة الخاصة قد ترد على عمل من أعمال التصرف أو على عمل
من أعمال الإدارة . وقد ترد على الصلح معاً فى وقت واحد ، والمهم أن تخصص فى عمل أو أعمال
قانونية معينة . ٢ - وأعمال الإدارة يصح أن تكون عملا لوكالة عامة أو لوكالة خاصة كما
تتقدم . أمّا أعمال التصرف فلا يصح أن تكون عملا إلا لوكالة خاصة لمطورتها . فلا يصح أن
يؤكل شخص آخر توكيلا عاماً فى جميع أعمال التصرفات دون أن يخص أعمالا معينة منها . فإن
خصص ، انصرفت الوكالة على ما خصص ولا تتناول غير ذلك من أعمال التصرفات ، كما إذا وكل
شخص آخر فى بيع ماله وفى التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات ، فلا تتناول الوكالة فى هذه
الحالة إلا البيع دون غيره . على أن التوكيل فى البيع يقتضى ما يقتضيه البيع من أمور
تأبى له وفقاً لطبيعته ولعرف الجارى ، فيجوز للوكيل فى البيع أن يقبض الثمن وأن يسلم المبيع .
٣ - ويلحق بأعمال التصرفات فى وجوب أن تكون الوكالة فيها وكالة خاصة ، أعمال تنطوى
على شيء من المطورة يملو بها عن مستوى أعمال الإدارة ، وهذه هى الصلح وإلا دلاها باعترااف
حوتجيه الثمين والدفاع أمام القضاء عن موضوع الحق . ٤ - أما إذا كان السبل تبرعاً كالمهبة
والعارية ، فلا تكن الوكالة الخاصة دون تعيين المال الذى يرد عليه السمل للفقير . وإذا صح
أن يؤكل شخص آخر فى بيع ماله دون أن يمين المال الذى يباع ، فلا يجوز ذلك فى التوكيل بالمهبة . -

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على الوكالة

٣٤٤ — فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير : لما كان عمل الوكالة تصرفاً قانونياً يحقده الوكيل مع الغير ، فإن الوكالة يترتب عليها نوعان من الآثار : آثار فيما بين المتعاقدين الوكيل والموكل ، وآثار بالنسبة إلى الغير الذي تعاقد معه الوكيل .

الفرع الأول

آثار الوكالة فيما بين المتعاقدين

٣٤٥ — التزامات الوكيل والتزامات الموكل : تنشئ الوكالة التزامات في جانب الوكيل ، هي تنفيذ الوكالة ، وتقديم حساب عنها للموكل ، ورد ما يكون للموكل عند الوكيل .

وقد تنشئ التزامات في جانب الموكل ، هي دفع الأجر إذا كانت الوكالة مأجورة ، ورد المصروفات أو تقديمها إذا كانت هناك حاجة إلى نفقات لتنفيذ الوكالة ، وتعمييض الوكيل عن الضرر إذا أصابه ضرر بسبب تنفيذ الوكالة^(١).

— بل يجب أن يعين التوكيل المال الذي يوجب ، ولا يجوز للوكيل حبة غير هذا المال ، وذلك لخطورة أعمال التبرعات . هـ - ويلاحظ أن تدرج الأعمال في الخطورة يتمشى مع تدرج الوكالة في التخصيص . فاكان من الأعمال مجرد الخطورة ، كأعمال الإدارة ، تكن في الوكالة العامة . فإذا زادت خطورة العمل ، كما في أعمال التصرف وملكاتها ، يجب أن تخصص الوكالة في نوع العمل القانوني . حتى إذا وصلت الخطورة إلى القنوة ، كما في أعمال التبرع ، يجب أن تخصص الوكالة في نوع العمل القانوني وفي عمله (مجموعة الأعمال التضييرية هـ ص ١٩٧ - ص ١٩٩) .

(١) ولا تتناهم التزامات كل من الوكيل والموكل إلا بالبلدة المطلوبة ومع خمس عشرة سنة ، ولا تسري المدة إلا من وقت قبوت الالتزام مستحق الوفاء في ذمة المتعاقد (بودري وفال في الوكالة فقرة ٦٣٩ - فقرة ٦٤٠) .

المبحث الأول

التزامات الوكيل

المطلب الأول

تنفيذ الوكالة

٢٤٦ — مسائل تموت : نبحث ، في التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة « مسائل ثلاثاً : (١) تنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة . (٢) العناية الواجبة في تنفيذ الوكالة . (٣) تعدد الوكلاء ونائب الوكيل ، إذ يجوز أن يقوم بتنفيذ الوكالة وكلاء متعددون ، أو يقوم بتنفيذها شخص آخر أنابه عنه الوكيل .

§ ١ — تنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة

٢٤٧ — نص قانوني : تنص المادة ٧٠٣ من التقنين المدني على ما يأتي :
 « ١ — الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة » .
 « ٢ — على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً ، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كانه إلا ليوافق على هذا التصرف . وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بخروجه عن حدود الوكالة » (١) .

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم ، والفقرة الأولى من النص

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٧٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد في فقرته الأولى ، أما الفقرة الثانية فكانت تجرى على الوجه الآتي : « على أن له أن يخرج من هذه الحدود إذا استحال عليه أن يخبر الموكل مقدماً بتصرفه ، وكانت الظروف بحيث يفترض منها أن الموكل كان يوافق على هذا التصرف . وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل ما أدخله على الوكالة من تعديل » . وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة الثانية تعديلاً جعلها هي أيضاً مطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقم النص ٧٣٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٣٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٣ (مجموعة الأعمال التشريعية • ص ٢٠٠ — ص ٢٠١) .

كان معمولاً بها في عهد التقنين المدني القديم لاتفاقها مع القواعد العامة ، أما الفقرة الثانية فمستحدثة ولا يعمل بها إلا إذا كانت الوكالة قد أبرمت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وقت العمل بالتقنين المدني الجديد .

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٦٦٩ - وفي التقنين المدني الليبي م ٧٠٣ - وفي التقنين المدني العراقي م ٩٣٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٧٩ - ٧٨٠ ٧٨٧^(١) .

وبخلص من النص سالف الذكر أن على الوكيل أن يلتزم حدود الوكالة المرسومة ، ومع ذلك يجوز له استثناء وبشروط معينة أن يتجاوز هذه الحدود .

٢٤٨ - القاعدة - التزام عبود الوكيل المرسومة : يجب على الوكيل أن يلتزم في تنفيذ الوكالة حدودها المرسومة ، فلا يخرج على هذه الحدود ، لا من ناحية مدى سعة الوكالة والتصرفات القانونية التي تتضمنها ، ولا من ناحية طريقة التنفيذ التي رسمها له الموكل . فإذا كان موكلًا في بيع منزل معين لمشتري معين بشمن معين ، على أن يكون الثمن نسيفاً لأجل معين ، وعلى أن يضمن الوفاء بالثمن فوق امتياز البائع كفيل شخصي ملء ، وجب على الوكيل أن ينفذ الوكالة في هذه الحدود المرسومة دون نقص أو زيادة ، وأن يجري في طريقه تنفيذها على النحو المرسوم في الوكالة . فيجب عليه أن يبيع هذا

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٦٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٠٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٣٣ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٧٩ : لا يحق للوكيل أن يتجاوز الحدود المعينة في الوكالة - غير أنه يستطيع الحيد عن التصليات المماسة له إذا تلمذ عليه أن يعلم الموكل قبل ذلك ، وكانت هناك ظروف تقدر منها موافقة الموكل . وفي هذا الحال يجب على الوكيل أن يخبر الموكل بلا إبطاء عما أجراه من تعديل في تنفيذ الوكالة .

م ٧٨٠ : إذا تمكن الوكيل من القيام بالعمل الموكول إليه على شروط أكثر فائدة وعلوى من الشروط المعينة في الوكالة ، فإن للفرق يعود إلى الموكل .

م ٧٨٧ : يجب على الوكيل أن يخبر الموكل من جميع الظروف التي يمكن أن تحصل على تعديل الوكالة أو الرجوع منها . (وأحكام التقنين اللبناني تنفق مع أحكام التقنين المصري) .

المزول المعلن دون غيره ، وأن يبيعه لا أن يرهته أو يقايض عليه أو يتصرف فيه بأى تصرف آخر غير البيع ، وأن يبيعه لهذا المشتري المعلن لا لمشتري آخر ولو دفع ثمناً أعلى إلا إذا وافق الموكل ، وأن يبيعه بهذا الثمن المعلن لا بثمن أقل . ويجب عليه فوق ذلك أن يجرى في تنفيذ الوكالة على الطريقة المرسومة فيها ، فلا يحدد لدفع الثمن أجلاً أبعد ، ولا يكتفى بامتياز البائع ضماناً للوفاء بالثمن بل يجب أن يضم إليه كفالة شخص ملء^(١) .

وقد يتطلب تنفيذ الوكالة القيام بأعمال مادية تابعة للتصرف القانوني محل الوكالة ، كالقيام بإجراءات تسجيل البيع من تحرير العقد والتصديق على الإمضاء وغير ذلك من إجراءات التسجيل ، وكالبحث عن مشتري إذا لم يكن التوكيل لمشتري معين ، أو السفر إلى المشتري المعلن في موطنه لإتمام الصفقة معه . فيقوم الوكيل بهذه الأعمال المادية التابعة للوكالة كوكيل ، لا كأجير يرتبط مع الموكل بعقد عمل أو بعقد مقاول^(٢) . ويترتب على ذلك أن أحكام عقد العمل أو عقد المقاول لا تنسرى فيما يتعلق بهذه الأعمال المادية ، فلو أصيب الموكل بضرب بسبب تأديتها لا يدخل هذا الضرر في نطاق « إصابات عقد العمل » ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك^(٣) .

وليس معنى التزام الوكيل بالحدود المرسومة للوكالة أنه لا يستطيع التعاقد بشروط أفضل . فلو أنه في المثل المتقدم الذكر استطاع أن يتفق مع المشتري على أن يكون الثمن معجلاً لا نسيئة ، أو لأجل أقرب ، أو بكفالة شخصين

(١) ومجازة الوكيل لهذه الحدود المرسومة مسألة واقع ، وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم إذ قرر بأن الوكيل قد تجاوز حدود التوكيل قد أقام ذلك على استخلاص موضوع صائق ، فلا رقابة محكمة النقض عليه (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٥ ص ٤٨٩) .

(٢) وتعرض المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدي لالتزام الوكيل بتنفيذ الوكالة فتقول : « فأول واجبات الوكيل هو أن ينفذ الوكالة في حدودها المرسومة ، أي أن يقوم بالعمل أو الأعمال القانونية التي وكل فيها وما يتبع ذلك من أعمال مادية ملحقه ، دون نقص أو زيادة . فإن نقص أو زاد كان بين التفريط والإفراط ، وكلاهما يكون مشمولاً عنه » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٥ ص ٢٠٦) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٠٧ في الهامش .. وهناك أحكام خاصة بعقد الوكالة في الضرر الذي يسبب الوكيل بسبب تنفيذ الوكالة نصت عليها المادة ٧١١ مدني ، وسيأتي بيانها (انظر ما يلي فقرة ٢٨٨ وما بعدها) .

مليئين بدلا من شخص واحد ، لصح ذلك وعاد نفعه على الموكل . ولو وكل شخص شخصا آخر في بيع منزل أو في شراؤه بثمن معين ، فباع الوكيل المنزل بثمن أعلى أو اشتراه بثمن أدنى ، لصح ذلك وكان الموكل هو الذى يفيد منه^(١). وقد نصت المادة ٧٨٠ من تقنين الموجبات والعقود اللباني على هذا الحكم البديهي صراحة إذ تقول : « إذا تمكّن الوكيل من القيام بالعمل الموكول إليه على شروط أكثر فائدة وجدوى من الشروط المعينة في الوكالة ، فإن الفرق يعود إلى الموكل »^(٢).

ويحفظ الوكيل بما يثبت تنفيذ الوكالة على الوجه المطلوب ، حتى يستطيع الرجوع على الموكل بما عليه من التزامات^(٣) كدفع الأجر إذا كانت الوكالة مأجورة وكرد المصروفات التى أنفقها ، وحتى يستطيع أيضاً أن يودى حساباً للموكل عن تنفيذ الوكالة كما سيأتى . فيحفظ بنسخة العقد الذى أمضاه أو بالمستند الذى يثبت ذلك ، كما يحفظ بالمستندات التى تثبت المصروفات التى أنفقها في تنفيذ الوكالة^(٤).

(١) ترولون فقرة ٣٠٨ - فقرة ٣٠٩ - بون ١ فقرة ٩٧٤ - فقرة ٩٧٥ - لوران ٢٥ فقرة ٤٥٨ - جيوار فقرة ١٠٢ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٦٤٩ ص ٣٥٢ - وعلى العكس من ذلك لو باع بثمن أدنى أو اشترى بثمن أعلى ، كان مجاوزاً حدود الوكالة ، ولكن يجوز له مع ذلك أن يلزم الموكل بالصفقة إذا هو تحمل فرق الثمن . وتنص المادة ٢/٣٩٧ من تقنين الالتزامات السويسري في هذا المعنى بأنه إذا خالف الوكيل تعليمات الموكل لغير صالحه ، فإن الوكالة لا تعتبر قد نفذت إلا إذا حمل الوكيل بالأسارة (انظر في هذا المعنى جيوار فقرة ٧٤ و فقرة ١٠٢ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٦٤٩ - محمد حل عرفة ص ٣٧٧) .

(٢) انظر آتفاً فقرة ٢٤٦ في المامش - بل إن تقنين الموجبات والعقود اللباني ينهض إلى أبعد من ذلك ، ويميز أن يتساقط الوكيل بشروط أقل إذا كان الفرق قليل الشأن أو كان م يتساقط فيه عادة . فتتص المادة ٨٠٦ من هذا التقنين على أنه : « لا يلزم الموكل بما يقبله الوكيل مما يخرج عن حيز سلطته أو يتجاوز حدها إلا في الأحوال الآتية . . . ثالثاً . إذا عاقد الوكيل بشروط أجزل فائدة من الشروط المعينة في التعليمات التى تلقاها - رابعاً - إذا عاقد الوكيل بشروط أدمى إلى النصفة من الشروط التى عينت له في التعليمات التى تلقاها ، وذلك في الحالتين الآتيتين : (١) إذا كان الفرق قليل الشأن . (٢) إذا كان منطبقاً على التسامح المتعارف في التجارة أو في المكازل الذى أبرم فيه العقد » .

(٣) نقض فرنسي ٢٧ يناير سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٤ - ١ - ٣٧١ - ١٠ ديسمبر

سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٩٧ - بلانيول وريبير وسالانتييه ١١ فقرة ١٤٦٥ .

(٤) بلانيول وريبير وسالانتييه ١١ فقرة ١٤٦٥ .

وإذا لم يتم الوكيل بتنفيذ الوكالة على النحو سالف الذكر دون أن يتنحي من الوكالة على الوجه الذى رسمه القانون ، جاز للموكل بعد إعداره أن يرجع عليه بالتعويض ، بل إن الإعدار لا يكون له مقتضى إذا أصبح تنفيذ الوكالة مستحيلاً^(١) .

٢٤٩ - الاستثناء - الخروج عن حدود الوكالة المرسومة : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٧٠٣ مدنى تجيز للوكيل استثناء أن يخرج عن الحدود المرسومة للوكالة متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يقبل معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف ، وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بخروجه من حدود الوكالة . فإذا وكل شخص شخصاً آخر فى بيع أوراق مالية فى البورصة بسعر معين ، فلم تبلغ هذا السعر ولم يستطع الوكيل بيعها ، فألقى الموكل الوكالة وأعطى للوكيل وكالة جديدة فى رهن الأوراق تأمينا على قرض وكله فى عقده ، ولكن الوكيل عثر بعد ذلك على مشتر بالسعر الذى يطلبه الموكل ، فبدلاً من رهن الأوراق باعها بهذا السعر ، فإن يبعه للأوراق يكون صحيحاً بالرغم من خروجه عن حدود الوكالة إذ باع بدلاً من أن يرهن ، وذلك إذا أثبت توافر شرطين سيأتى بيانهما . كذلك إذا وكل شخص شخصاً آخر فى بيع أرض زراعية ، فعرض المشتري على الوكيل أن يشتري كذلك المواشى والآلات الزراعية الموجودة بالأرض ، جاز للوكيل أن يقبل ما عرضه المشتري ، على أن يثبت توافر الشرطين المشار إليهما وهما :

أولاً - أنه بالرغم من خروج الوكيل عن الحدود المرسومة للوكالة ، إلا أن الظروف هى بحيث يفترض معها أن الموكل ما كان إلا ليوافق على تصرف الوكيل^(٢) . فى المثل الأول يثبت الوكيل أن غرض الموكل الأصل هو بيع

(١) لقضى فرنسي ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ هازيت ص ١٩٣٠ - ١ - ٥٨٧ - بلافيرول وريير وسانتينييه ١١ فقرة ١٤٦٥ .

(٢) ويقول الأستاذ أكثم أمين المحول فى هذا الصدد : « والميار هنا شخص محض ، يستمد من الإرادة المفترضة للموكل ذاته وبشخصه . فلا يرجع فيه إلى ما كان يقبله مادة موكل عادى يوجه فى نفس الظروف . ولكن للوكيل أن يتبين الاتجاه المحتمل لإرادة الموكل من الظروف » لى من مناصر ليست شخصية محضة » (أكثم أمين المحول فقرة ١٧٣ ص ٢١٦) .

الأوراق المالية بسعر معين لا رهنها ، وهو لم يفكر في رهنها إلا بعد أن عجز عن بيعها بهذا السعر ، وقد وجد الوكيل مشترياً بالسعر المطلوب ، فهذه ظروف يفترض معها أن الموكل ما كان إلا ليوافق على بيعها . وفي المثل الثاني يثبت الوكيل أن الموكل لم تكن له مصلحة في استبقاء المواشي والآلات الزراعية بعد بيع الأرض ، وأنه إنما اقتصر على التوكيل في بيع الأرض حتى ييسر على الوكيل إيجاد مشتر يرغب في شراء الأرض دون المواشي والآلات الزراعية ، وقد وجد الوكيل مشترياً يرغب في شراء ذلك كله ، فهذه ظروف يفترض معها أن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا البيع ^(١) .

(١) ويتبين من هذا الشرط الأول أن الوكيل قد تجاوز حدود الوكالة ، ولا يقتصر على مجرد مخالفة تعليمات الموكل في طريقة تنفيذ الوكالة (mode d'exécution du mandat) ، وسرى فيما يلي حل أي أساس قانوني تبقى الوكالة قائمة فيما جاوز فيه الوكيل حدود الوكالة . ويلعب الأستاذ محمد علي عرفة إلى أن الفقرة الثانية من المادة ٧٠٣ مدني سالف الذكر قد نقلت بحرف عن النصوص المقابلة لها في التشريعات الأجنبية التي تجيز الوكيل في مثل هذا الفرص أن يخالف تعليمات الموكل (Instructions) .. ولا تنص ذلك إلى إباحة الخروج من حدود الوكالة . وفرق بين مخالفة التعليمات التي تقع بتغيير طريقة التنفيذ فحسب . . والتجاوز كلية من حدود الوكالة التي تنتج منه نيابة الوكيل عن الموكل = (محمد علي عرفة ص ٣٧٨) .

والنصوص المقابلة لنص المادة ٢/٧٠٣ مدني في التقنينات الأجنبية هي - كما يتبين من الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى الجزء الثالث في المفقود الحماة ص ٥٦٩ - المشروع الفرنسي الإيطالي م ٥٧٢ ، وتقنين الموجبات والمفقود البناني م ٧٧٩ و ٧٨٧ ، والتقنين المدني الألماني م ٦٦٥ ، وتقنين الالتزامات السويسري م ٣٩٧ ، والتقنين البولوني م ٢٢٥٠٢ . وفيما عدا التقنين البولوني الذي ذكر أن الوكيل يتصرف عن التعليمات التي يلقاها في شأن طريقة تنفيذ الوكالة concernant le mode d'exécution du mandat التي تلقاها

الوكيل ، دون أن تفيد هذه التعليمات بأنها متعلقة بطريقة تنفيذ الوكالة ، بل تطلق النص فجعله عاماً يشمل التعليمات المتعلقة بطريقة تنفيذ الوكالة والتعليمات المتعلقة بمحود الوكالة نفسها . وقد حافى نص التقنين المدني المصري بوجه خاص نص المادة ٥٧٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، وهو مطلق كما قدما ، لم يفيد التعليمات التي يلقاها الوكيل ويتصرف عنها بأن تكون تعليمات متعلقة بطريقة تنفيذ الوكالة ، بل فهم لفظ « التعليمات » فشكل التعليمات المتعلقة بطريقة تنفيذ الوكالة والتعليمات المتعلقة بمحود الوكالة .

فواء وقتنا عند نص التقنين المدني المصري دون نظر إلى مصادره التشريعية ، أو نظرنا إلى هذه المصادر ، ليس هناك ما يبرر قصر النص على حالة مخالفة الوكيل لتعليمات الموكل الخاصة بطريقة التنفيذ . دون حالة مخالفة الوكيل لتعليمات الموكل الخاصة بمحود الوكالة . على أن حالة =

ثانياً - أنه كان من المستحيل على الوكيل أن يخطر الموكل سلفاً بخروجه عن الحدود المرسومة للوكالة ، ولو أنه تراخى في عقد الصفقة حتى يخطر الموكل لضاعت عليه ، فأقدم على عقدها قبل هذا الإخطار .

واستيفاء كل من هذين الشرطين يكون محلاً لتقدير قاضي الموضوع^(١) .
فلذا توافر الشرطان اعتبر الوكيل نائباً عن الموكل حتى فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، وانصرف أثر العقد إلى الموكل فيما كان داخلاً في حدود الوكالة وفيما كان خارجاً عنها على السواء . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « فلذا توافر هذان الشرطان نفذ في حق الموكل عمل الوكيل حتى فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، وكان للشهر الذى تعامل مع الوكيل أن يتمسك على الموكل بالعمل الذى أتاه الوكيل ، علم الغير أو لم يعلم بمجاوزة هذا الوكيل لحدود الوكالة »^(٢) . ويلاحظ أن انصراف أثر العقد الذى أبرمه الوكيل إلى الموكل حتى فيما جاوز فيه حدود الوكالة لا يأتى من أن الوكيل فضولى فيما جاوز فيه هذه الحدود ، لأنه يرجع على الموكل ويرجع عليه الموكل بموجب عقد الوكالة ذاته ، لا بموجب قواعد الفصالة وهى عادة تكون

= مخالفة الوكيل لتعليمات الموكل الخاصة بطريقة التنفيذ لم تكن في حاجة إلى نص خاص، فإن التقنين المبنى للفرنسى لا يشمل حل هذا النص ، ومع ذلك يذهب الفقه الفرنسى إلى نفاذ تصرف الوكيل ولو انطوى هذا التصرف على تعديل ضرورى في طريقة تنفيذ الوكالة كان الموكل يوافق عليه لو أخطر به (جيوار فقرة ٢٠٢ - بودوى وقال في الوكالة فقرة ٦١٧) .

انظر في المعنى الذى تقول به وأنه لا يوجد مبرر لقول بأن النص يقتصر على حالة مخالفة الوكيل لتعليمات الموكل الخاصة بطريقة التنفيذ فموجب دون حالة التجاوز كلية من حدود الوكالة :
أكرم أمين المثلوث فقرة ١٧٣ ص ٢١٧ .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « على أنه يجوز له (الوكيل) أن ينقص أو يزيده وأن يمدد بوجه عام في حدود الوكالة مع بقاءه وكلياً ، وذلك بشرطين : (١) أن تكون الظروف بحيث يفترض معها أن الموكل كان يوافق على هذا التصرف ، كما إذا وكل في بيع قدر معين من الأرض قهراً له صفقة رابحة وباع قدراً أكبر ، أو وكل في الإحراض بتأمين هو كفالة شخصية تقرر على تأمين هودن دسى . وإذا قام نزاع بين الوكيل والموكل في تحقق هذا الشرط ، كان الأمر محلاً لتقدير القاضي . (ب) أن يستحيل على الوكيل إخطار الموكل مقدماً بتصرفه . ويترك تقدير هذا أيضاً للقاضي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٠٦ - ص ٢٠٧) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٠٧ .

أصبح من قواعد الوكالة . ولأبقي انصراف أثر العقد إلى الموكل من أن هناك وكالة ظاهرة ، فقد يكون الغير الذي تعامل مع الوكيل عالمياً بمجاوزة هذا لحدود الوكالة ويرتضى مع ذلك التعامل معه ، وشرط الوكالة الظاهرة أن يكون الغير معتقداً أنه يتعامل مع وكيل في حدود وكالته كما سيحيى . وإنما أبقي انصراف أثر العقد إلى الموكل من أن هناك نيابة قانونية أضفاها القانون على الوكيل فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، وقد أقام القانون هذه النيابة على أساس إرادة مفترضة - لا صريحة ولا ضمنية - من جانب الموكل ، فقد دلل الظروف على أن الموكل « ما كان إلا ليوافق » على تصرف الوكيل . فافتراض القانون - والظروف تبرر هذا الافتراض - أن الموكل قد صلت « موافقة أى توكيل فيما جاوز فيه الوكيل الحدود الأصلية للوكالة . لذلك كان نص المشروع التمهيدى للفقرة الثانية من المادة ٧٠٣ مدنى سالفة الذكر أصدق دلالة على قيام إرادة مفترضة من جانب الموكل ، إذ يقول : « وكانت الظروف بحيث يفرض معها أن الموكل كان يوافق على هذا التصرف »^(١) . وبقاء الوكيل نائباً حتى فيما جاوز فيه حدود الوكالة تؤكد المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حين تقول : « على أنه يجوز له أن ينقص أو يزيد وأن يعدل بوجه عام في حدود الوكالة مع بقاءه وكيلاً ، وذلك بشرطين . . »^(٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٢٠٠ - وانظر آنفاً فقرة ٢٤٦ في الهامش .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٢٠٦ - وانظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش -
والأدق أن يقال « مع بقاءه نائباً » ، لا أن يقال « مع بقاءه وكيلاً » . ومن المسلم أن النيابة قد تقوم دون وكالة كما أن الوكالة قد تقوم دون نيابة ، وسرى نظيراً لذلك الوكالة الظاهرة متى أيضاً نيابة قانونية تقوم دون وكالة (انظر ما يلي فقرة ٣٠٨) .

قارن في ذلك آكثم أمين المحل فقرة ١٧٣ ص ٢١٦ هامش ١ وص ٢١٧ : ويبرر قيام الوكالة فيما جاز فيه الوكيل حدودها على أساس أنه لا حق بلامصلحة ، فلا يملك الموكل « أن يتبرأ من تصرف لا مصلحة له في استمداه بدليل رجحان الثان بأنه هو نفسه ما كان إلا ليوافق عليه » . ثم يذهب إلى أن النص سيكون محدود التطبيق في العمل فيقول : « ونقتضه مع تقدم أن تطبيق هذا النص سيكون محدوداً في العمل ، أولاً لأن الغير لا يقبل التعامل مع الوكيل خارج حدود وكالته ، وثانياً لأن تطبيق المبدأ الشخصى السابق ذكره - والخامس باسحاح موافقة الموكل - هو تطبيق بالغ الدقة لا سيما في حالة الخروج عن مضمون الوكالة أصلاً ، وثالثاً يطعن القاضي عملاً إلى توفر هذا الشرط » (فقرة ١٧٣ ص ٢١٧ - ص ٢١٨) . ومع ذلك فقد رأينا أن كثيراً من التفتيشات الأجنبية الهامة قد اشتملت على نظير لهذا النص (انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) ، وهذا لا يتفق مع القول بأن النص محدود التطبيق في العمل .

وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٧٠٣ مدني سالفه الذكر: « وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بخروجه عن حدود الوكالة ». ذلك أن المفروض هو أن الوكيل كان يستحيل عليه إبلاغ الموكل بخروجه عن حدود الوكالة قبل أن يخرج عن هذه الحدود ، فيجب عليه إذن ، بعد أن خرج ، أن يحظر الموكل بذلك بمجرد تمكنه من هذا الإخطار. وليس الغرض من الإخطار أن يحصل الوكيل على موافقة الموكل ، فهذه الموافقة قد افترضها القانون كما قدمنا ، وإنما الغرض منه أن يجنب الوكيل الموكل مباشرة تصرف يتعارض مع التصرف الذي باشره الوكيل ، كأن يبيع الموكل ما سبق أن باعه الوكيل مجاوزاً حدود الوكالة . لذلك لا يكون الإخطار شرطاً في انصراف أثر تصرف الوكيل إلى الموكل ، فهذا التصرف قد انصرف أثره إلى الموكل بمجرد أن باشره الوكيل . لكن تأخر الوكيل في إخطار الموكل يجعله مسؤولاً عن تعويض هذا الأخير فيما لو باشر تصرفاً يتعارض مع تصرف الوكيل ، فيكون مسؤولاً في المثل المتقدم عن تعويض الموكل الذي باع ما سبق أن باعه الوكيل عن ضمان الاستحقاق الذي ترتب في ذمة الموكل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويجب على الوكيل أن يبادر إلى إبلاغ الموكل بما أدخله على الوكالة من تعديل ، فإن تأخر لم يؤثر ذلك في اعتباره وكيلاً فيما قام به من العمل ، وإنما يكون مسؤولاً عن التعويض إذا ترتب على التأخير ضرر للموكل ، كما إذا باع هذا لمشتري آخر القدر الزائد من الأرض الذي باعه الوكيل مجاوزاً حدود الوكالة فرجع المشتري عليه بضمان الاستحقاق » (١) .

وقد افترضنا فيما قدمناه أن الشرطين الواجبين لانصراف أثر تصرف الوكيل فيما جاوز فيه حدود الوكالة إلى الموكل قد توافرا . أما إذا اختل الشرطان أو أحدهما ، بأن عجز الوكيل عن إثبات أن الظروف كانت بحيث يوجبها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على تصرف الوكيل ، أو كان الوكيل يستطيع لإخطار الموكل قبل مباشرته للتصرف ليحصل على موافقته فلم يفعل ، فإن الوكالة في هذه الحالة لا تعتبر إلا في حدودها المرسومة أصلاً ، وتجاوز الوكيل فيه هذه الحدود يجوز أن يعتبر قسولياً إذا توافرت شروط الفضالة ،

كما يجوز أن يعتبر وكيلاً ظاهراً إذا كان الغير الذي تعامل معه اعتقد بحسن نية أنه لم يجاوز حدود الوكالة وتوافرت شروط الوكالة الظاهرة . فإذا لم تتوافر شروط القضاة ولا شروط الوكالة الظاهرة ، توقف تصرف الوكيل فيما جاوز فيه حدود الوكالة على إقرار الموكل ، فإن لم يقره لم ينصرف أثره إليه وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن^(١) وسيأتي بيانها .

§ ٢ - العناية الواجبة في تنفيذ الوكالة

٢٥٠ - نص قانوني : تنص المادة ٧٠٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - إذا كانت الوكالة بلا أجر ، وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة ، دون أن يكلف في ذلك لأزيد من عناية الرجل المعتاد .

٢ - فإن كانت بأجر ، وجب على الوكيل أن يبذل دائماً في تنفيذها عناية الرجل المعتاد^(٢) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادة ٦٣٨/٥٢١^(٣) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في هذا الصدد : « أما إذا لم تتوافر الشرطان اللذان ، بأن كانت الظروف لا يمكن أن يفترض منها أن الموكل كان يوافق على تصرف الوكيل ، أو كان الوكيل يستطيع إخطار الموكل مقدماً بتصرفه ولم يفعل ، فلا تعتبر الوكالة إلا في حدودها المرسومة . أما فيما جاوز فيه الوكيل هذه الحدود ، فتنتج الأحكام المقررة في ذلك : انظر م ٩٩٠ - ٩٩١ من المشروع وسيأتي بيانها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٠٧) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٧٩ من المشروع التمهيد على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٣٦ في المشروع النهائي . وأدخل عليه مجلس النواب تعديلاً لفظياً طفيفاً في الفقرة الأولى ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار وقعه ٧٣٥ . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٥٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٠٢ - ص ٢٠٣) .

(٣) التقنين المدني القديم م ٦٣٨/٥٢١ : والوكيل مسئول عن تقصيره الجسم ومن علم وفاته التوكيل باعتباره . وهو مسئول أيضاً عن تقصيره اليسير إذا كان له أجرة منفق عليها . والتقنين المدني القديم يسير على نظرية تدوج خطأ ، وقد هجرت هذه النظرية ، وأخذ التقنين المدني الجديد بنظرية عناية الرجل المعتاد في ميارها الشخصي والموضوعي كما سترى : انظر ما على فقرة ٢٥٠ - وترى أحكام التقنين المدني القديم إذا كانت الوكالة قد عقدت قبل ٩٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٦٧٠ - وفي التقنين المدني الليبي م ٧٠٤ - وفي التقنين المدني العراقي م ٩٣٤ - ٩٣٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٨٥ - ٧٨٦ ، و٧٩٠ (١) .

٢٥١ - نظرية تبرج الخطأ والنظرية الحديثة : ويخلص من هذا النص أن التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة هو التزام يبذل عناية لا التزام بتحقيق غاية . وقد يكون التصرف القانوني محل الوكالة يتضمن التزاماً بتحقيق غاية كالبيع والرهن ، أو يتضمن التزاماً يبذل عناية كالإيجار والعارية والوديعة ، ولكن التوكيل في أي تصرف قانوني ولو كان يتضمن التزاماً بتحقيق غاية ينشئ في جانب الوكيل التزاماً بالقيام بهذا التصرف بقدر معين من اليقظة ، ويكون دائماً التزاماً يبذل عناية (٢) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٧٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٠٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٣٤ (موافق) .

م ٩٣٥ : المال الذي قبضه الوكيل لحساب موكله يكون أمانة في يده ، فإذا تلف بدون تعد لم يلزمه الضمان . والموكل أن يطلب إثبات الهلاك . (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٨٥ : على الوكيل أن يني بتنفيذ الوكالة عناية الأب الصالح .

م ٧٨٦ : يجب التشدد في تفسير الموجبات المنصوص عليها في المادة السابقة : أولاً - إذا كانت الوكالة مقابل أجر . ثانياً . إذا كانت في مصلحة قاصر أو فاقد الأهلية أو في مصلحة شخص معنوي .

م ٧٩٠ : إن الوكيل مسئول من الأشياء التي استلمها من طريق الوكالة ، وفقاً للشروط المنصوص عليها في المواد ٦٩٦ و ٦٩٧ و ٧١١ ، و ٧١٢ و ٧١٤ و ٧١٥ (وهي خاصة بالوديعة) - وإذا كانت الوكالة مقابل أجر ، فإن تيمة الوكيل تخضع لأحكام المادة ٧١٣ (وهي خاصة بالوديعة بأجر) . (وأحكام التقنين اللبناني في مجموعها تقارب أحكام التقنين المصري) .

(٢) انظر مازو في المسؤولية ١ فقرة ٧٠٦ - ١٨ ص ٦٧٤ - وتطبيقاً لذلك تقضي المادة ٧١٠ مدني ، كما سترى ، بأن الموكل يرد للوكيل ما أنفق في تنفيذ الوكالة التنفيذ المحدد مع الفوائد من وقت الإنفاق ، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاس في تنفيذ الوكالة ، حتى لو لم يحقق الفرض المقصود منها .

وهناك نظرية قدمة مهجورة هي نظرية تدرج الخطأ ، تقسم الخطأ العقدي غير العمد إلى أقسام ثلاثة : خطأ جسيم وخطأ يسير وخطأ تافه . وتقسم العقود إلى طوائف ثلاث : عقد لمنفعة الدائن وحده كالوديعة وفيها لا يسأل المودع عنده إلا عن الخطأ الجسيم ، وعقد لمنفعة المتعاقدين معاً كالإيجار وفيه يسأل المستأجر عن الخطأ اليسير ، وعقد لمنفعة المدين وحده كالعارية وفيها يسأل المستعير حتى عن الخطأ التافه . وقد سار التقنين المدني القديم على هذه النظرية ، فجعل الوكيل مسئولاً عن الخطأ اليسير إذا كانت الوكالة مأجورة لأنها تكون في هذه الحالة لمنفعة المتعاقدين معاً ، وجعله غير مسئول إلا عن الخطأ الجسيم إذا كانت الوكالة غير مأجورة لأنها تكون في مصلحة الدائن وحده . أما التقنين المدني الجديد فقد نبذ هذه النظرية العتيقة ، وأخذ بالنظرية الحديثة في معيار الخطأ العقدي ، فقضى بأن المدين في التزام يبدل عناية « يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك » (م ١/٢١١ مدنى) . وقد رأيناه يطبق هذه النظرية في الإيجار بعد أن لاحظ أنه في مصلحة المتعاقدين معاً ، فقضى بأنه يجب على المستأجر أن يبدل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذل الشخص المعتاد (م ١/٥٨٣ مدنى) . ورأيناه يطبقها في العارية بعد أن لاحظ أنها في مصلحة المستعير دون المعير ، فقضى بأنه يجب على المستعير أن يبدل في المحافظة على الشيء العناية التى يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ١/٦٤١ مدنى) . وسرنا يطبقها في الوديعة بعد أن لاحظ أنها في مصلحة المودع دون المودع عنده إذا كانت غير مأجورة ، وفي مصلحة المتعاقدين معاً إذا كانت مأجورة ، فقضى بأنه يجب على المودع عنده أن يبدل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد إذا كانت الوديعة غير مأجورة ، وأن يبدل عناية الرجل المعتاد إذا كانت الوديعة مأجورة (م ٧٢٠ مدنى) . وهانحن الآن نراه يطبقها في الوكالة فيميز ، كما ميز في الوديعة ، بين ما إذا كانت الوكالة بغير أجر فتكون في مصلحة الموكل دون الوكيل ويكون الوكيل مسئولاً عن العناية التى يبذلها في أعماله الخاصة دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل

المتعاد ، أو كانت الوكالة بأجر فتكون في مصلحة المتعاقدين معاً ويكون الوكيل مسئولاً عن عناية الرجل المتعاد^(١) .
ونرى من ذلك أن التقنين المصرى الجديد اعتنق النظرية الحديثة في المسؤولية عن الخطأ العقدي ، وألزمها في تطبيقاتها المتكررة في العقود المختلفة^(٢) .

٢٥٢ - مسؤولية الوكيل عن النفس والخطأ الجسيم : نصت الفقرة الثانية من المادة ٢١١ مدني ، في صدد المسؤولية عن الخطأ العقدي في الالتزام بذلك عناية ، على ما يأتي : « وفي كل حال يبقى المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم » . فالوكيل ، مأجوراً كان أو غير مأجور ، يكون دائماً مسئولاً في تنفيذ الوكالة عن غشه وعن خطئه الجسيم ، حتى لو اتفق مع الموكل على إعفائه من هذه المسؤولية^(٣) .

فيكون الوكيل مسئولاً عن تعمدته عدم تنفيذ الوكالة دون أن يتنحى عنها في الوقت المناسب . ويكون مسئولاً ، إذا وكل في بيع شيء دون تحديد قيمته ، عن توافؤه مع المشتري على تخفيض الثمن^(٤) . وإذا كان في يده مال للموكل ، لم يجز له أن يستعمله في مصلحة نفسه . فإذا فعل ذلك بنية تملكه كان مبدئاً ، وتعمقت مسؤوليته الجنائية ومسؤوليته المدنية ، وفي جميع الأحوال تجب عليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه ، من وقت استخدامها (م ٧٠٦/٢ مدني)

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية المشروع أنه يندى في هذا الصدد : « ويجب أن يبدل الوكيل في تنفيذ الوكالة القدر الواجب من العناية . وقد حدد المشروع هذا القدر مطبقاً في ذلك المادة ٢٨٨ من المشروع ، وقد سبق أن طبقت على العقود المسماة الأخرى كالإيجار والمارية والرديئة . فالوكيل إذا كان مأجوراً يطلب منه عناية الرجل المتعاد . أما إذا كان غير مأجور ، فلا يطلب منه أن يبدل من العناية إلا ما يبدله في أعماله الخاصة دون أن يجاوز عناية الرجل المتعاد . وهذه هي المعايير التي تنشئ مع التطور الحديث للمسئولية التعاقدية » (مجموعة الأمان التصديرية ص ٢٠٧) .

(٢) انظر الوسيط ١ فقرة ٤٢٨ .

(٣) بلانبول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٢ ص ٩٠٩ - وانظر في تطبيقات غشقة لفتش أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٩٢ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بعدم سريان الإقرار الصادر من الوكيل بصحة السنة التي طعن فيه الموكل بالتزوير متى كان هذا الإقرار وليد الفتش والتواصل بين الوكيل والخمس (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ بمجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٩٦٣ ص ١٠٧٢) .

وسياق تفصيل ذلك . وإذا كان موكلًا في إدارة أرض زراعية مثلا ، وأجر الأرض بأجرة بحسبة متواطئًا في ذلك مع المستأجر كان مسئولًا عن غشه . وإذا أهمل في تقاضي الأجرة حتى تمكن المستأجر من نقل محصولاته^(١) ، أو أهمل في دفع الضريبة (الأموال) فحجز على الأرض لاستيفائها ، فيغلب أن يكون إهماله هذا خطأ جسيما ويكون مسئولًا عنه . وإذا كان وكيلًا في الإقراض ، فأقرض شخصاً ظاهر الإعسار أو معروفاً بالماطلة ، ولم يأخذ تأمينات لضمان القرض أو أخذ تأمينات يعرف ألا قيمة لها أو أن قيمتها غير كافية ، كان هذا خطأ جسيما يستوجب مسئوليته . وإذا كان وكيلًا في بيع مال للموكل لم يجز له أن يشتره لنفسه دون إذن الموكل كما سبق القول^(٢) ، فإذا فعل وترتب على ذلك أن أضاع على الموكل صفقة رابحة تهيأت بتقدم مشتر للمال بثمن عال ، كان هذا خطأ جسيما وكان الوكيل مسئولًا عنه . وإذا تعمد الوكيل مجاوزة حدود وكرالته في غير مصلحة للموكل ، ولكنه ألزم الموكل بالعقد الذي أبرمه مع الغير حسن النية لتوافر شروط الوكالة الظاهرة على النحو الذي سنبينه فيما يلي ، رجع الموكل على الوكيل بتعويض الضرر الذي أصابه من ذلك ، إذ يكون الوكيل قد ارتكب غشاً أوفى التليل خطأ جسيما في تنفيذ الوكالة . وإذا وكل محام في الطعن في حكم ، ولم يرفع الطعن في الميعاد القانوني عن تقصير ، كان هذا خطأ جسيما يستوجب مسئوليته^(٣) . وإذا اتصل بمحضم موكله وأمله بمعلومات تضر بمصلحة موكله ، أو أفشى أسرار المهنة ، كان هذا غشاً يشدد

(١) أو ترك الأجرة تسقط بالتقادم ، وقد قضت محكمة النقض بأن الوكيل في الإدارة يكون مسئولًا عن خطأه الجسيم إذا هو رحل المتأخرات من سنة لأخرى ، وقد من المطالبة به حتى سقطت بالتقادم (نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ١٥ ص ٥٤٤) .

(٢) انظر آتفاً فقرة ٢٢٩ .

(٣) وإذا اتفق محام مع موكله على المدفوعة أمام المحكمة الاستئنافية ولم يحضر ، كان هذا خطأ يستوجب مسئولته (نقض مدني ٢٣ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٣٦ ص ٩١٦) . وكذلك يكون مسئولًا إذا ترك حكمًا غيابياً لمصلحة موكله وكل في تنفيذه يسقط من جراء عدم تنفيذه خلال ستة شهور استئناف وطني ٢٤ مايو سنة ١٩٢١ المجموعة الرضوية ٢٤ رقم ١٨ ص ٢٦) . وإذا نزل الوكيل عن مرتبة الرهن التي ثبتت لموكله ، وذلك لمصلحة أخيه ، كان هذا خطأ جسيماً يستوجب مسئولته (استئناف مخطوط ١٠ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٦٣) .

من مسئوليته^(١) : وإذا خالف الوكيل شروط الموكل في كيفية استغلال المال ، واستفله في غير مصلحة الموكل ، كان هذا خطأ جسيماً ، ووجب رد المال مع فوائده القانونية^(٢) .

٢٥٣ - مسؤولية الوكيل عن الخطأ العادي : أما إذا كان الخطأ عادياً ، أي خطأ بسيطاً ، فإنه يجب التمييز ما إذا كانت الوكالة مأجورة أو غير مأجورة كما إلهو صريح نص المادة ٧٠٤ سالفة الذكر.

فإن كانت الوكالة مأجورة ، وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها عناية الشخص المعتاد^(٣) ، أي أن المعيار هنا يكون معياراً موضوعياً لا شخصياً^(٤) . فإذا لم يبذل هذه العناية ، حتى لو أثبت أن العناية الأقل التي يبذلها فعلاً هي العناية التي يبذلها هو في شؤون نفسه ، كان مع ذلك مسئولاً ، لأنه ملزم ببذل عناية الشخص المعتاد ولو كانت هذه العناية تزيد على عنايته بشؤونه الشخصية.

(١) وقد نصت المادة ٢٠٧ مرافعات على أنه « لا يجوز لمن علم من الهامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق مهته أو صنته بواقعة أو معلومات أن يفشيها ، ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ، ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به فقط ارتكاب جريمة أو جنة » . ونصت المادة ٢٠٨ مرافعات على ما يأتي : « ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين في المادة السابقة أن يقدروا الشهادة عن تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها لهم ، على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم » .

ونصت المادة ٣٤ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على أنه « استثناء من حكم المادة ٢٠٨ من قانون المرافعات ، للمحامي أن يمتنع من أداء الشهادة عن الأمر أو الإيضاحات المنصوص عليها في المادة ٢٠٧ إلا إذا كان ذكرها له يقصده ارتكاب جريمة أو جنة . ولا يجوز تكليف المحامي أداء الشهادة في نزاع وكل أو استشير فيه » . ونصت المادة ٣٥ من نفس القانون على ما يأتي : « على المحامي الحاضر عن خصم أن يمتنع عن سب الخصوم وذكر الأمور الشخصية التي نسبهم واتهامهم بما عسى شرفهم أو سمعتهم ، ما لم تستلزم ذلك حالة الدعوى أو ضرورة الدفاع عن مصالح الموكل » .

وانظر في إنشاء سر المهنة : استئناف مخطط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٩ - الإسكندرية المخططة ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٦ .

(٢) استئناف مخطط ٤ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٠٠ .

(٣) وتكون الوكالة في حكم المأجورة ، فطلب فيها عناية الشخص المعتاد ، إذا قدمت لمصلحة الوكيل حتى لو كانت بذير أجرة (استئناف مخطط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٧٠) .

(٤) استئناف مخطط ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٥ .

أما إذا بذل عبثه الشخص المعتاد ، فإنه يكون قد نفذ التزامه ، ولا يكون بعد ذلك مسئولاً عن ضرر يصيب الموكل حتى لو ثبت أنه كان يستطيع توقي هذا الضرر لو بذل عبثه في شؤون نفسه ، لأنه غير مسئول إلا عن عبثه الشخص المعتاد ولو نزلت هذه العبثية بمعيارها الموضوعي عن عبثه بشؤون نفسه بمعيارها الشخصي :

أما إذا كانت الوكالة غير مأمورة ، فإن الوكيل لا يكون مسئولاً إلا عن بذل عبثه في شؤون نفسه بالمعيار الشخصي إذا كانت هذه العبثية هي دون عبثية الشخص المعتاد بالمعيار الموضوعي . فإذا كانت عبثية الشخصية هي أعلى من عبثية الشخص المعتاد ، لم يكن مسئولاً إلا عن عبثية الشخص المعتاد بالمعيار الموضوعي دون عبثية الشخصية بالمعيار الشخصي . والسبب في ذلك واضح ، فإنه وكيل غير مأمور وهو متفضل بترعه ، فلا يجوز أن يكون مسئولاً عن أكثر من عبثية الشخص المعتاد ، كما لا يجوز أن يكون مسئولاً عن أكثر من عبثية الشخصية ، فلا يكون مسئولاً إذن إلا عن أدنى العنيتين . وشأنه في ذلك شأن المودع عنده غير المأمور على ما سرى^(١) . وهذا بعكس المستعير الذي لا يولى تبرعاً بل بثلقاه ، فيكون مسئولاً عن أعلى العنيتين عبثية الشخص المعتاد وعبثية الشخصية^(٢) .

وتطبيقاً لما قدمناه يكون الوكيل مسئولاً إذا تأخر في تنفيذ الوكالة دون مبرر^(٣) فأضاع على الموكل صفقة رابحة ، ما لم يكن غير مأمور وكان معروفاً بالهاون في شؤونه الخاصة . وإذا كان موكلاً في قبض دين فهاون حتى انقضى الدين بالتقادم^(٤) ، كان مسئولاً ، إلا إذا كان غير مأمور وكان نظراً لقصوره الشخصي لا يترك معنى انقضاء الدين بالتقادم . وإذا كان

(١) انظر ما يلى فقرة ٣٠٦ .

(٢) الوسيط ٦ فقرة ٨٦٠ .

(٣) استئناف غطط ٥ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٨٢ - ١٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٢٤ - ١ يونيو ١٩٠٥ - جيوار فقرة ١٠٥ - بودى وقال في الوكالة فقرة ٦٠١ ص ٣١٦ .

(٤) جيوار فقرة ١٠٤ - بودى وقال في الوكالة فقرة ٦٠١ ص ٣١٧ - أو نزل عن جزء من الدين لإسراء بالموكل (نقص مئذ ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٥ ص ٣٧٥) .

موكلا في شراء منزل ، وكان بالمتزل عيوب ظاهرة لا تنحى على الشخص المادى ، كان مسئولاً عن ذلك نحو الموكل^(١) ، فإذا كان غير مأجور وكانت هذه العيوب تنحى عليه هو لم يكن مسئولاً . أما إذا كانت العيوب خفية ولم يدركها ، وكان من اليقظة بحيث كان يستطيع إدراكها لو بذل عنايته الشخصية ، فإنه لا يكون مسئولاً عنها ، سواء كان مأجوراً أو غير مأجور . ذلك أنه إذا كان مأجوراً لم يكن مسئولاً إلا عن عناية الشخص المتاد والمفروض أن كشف العيوب يتطلب عناية أكبر ، وإذا كان غير مأجور لم يكن مسئولاً عن أزيد من عناية الشخص المتاد ولو كانت عنايته الشخصية أعلى من ذلك . ولكن الموكل يستطيع في هذا القرض أن يرجع على البائع بضمان العيوب الخفية : ويجب على الوكيل أن يتخذ الاحتياطات المألوفة للمحافظة على مال الموكل من التلف أو الضياع ، فإذا كان المال بضاعة تنقل من مكان إلى آخر ، وكان المألوف التأمين على مثل هذه البضاعة عند نقلها ، وجب عليه أن يؤمن عليها وإلا كان مسئولاً إذا تلفت أو ضاعت في الطريق^(٢) . ومع ذلك لا يكون مسئولاً إذا كان الموكل نفسه لا يؤمن على البضاعة لو كان هو الذى تولى نقلها بنفسه^(٣) ، أو كان الوكيل غير مأجور ولا يؤمن على البضاعة لو أنها كانت بضاعته^(٤) . وإذا باع الوكيل أو أقرض مال الموكل ، لم يكن مسئولاً عن يسار المشتري أو المقرض ، ما لم يكن ظاهر الإعسار فقد قلنا أن الوكيل

(١) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٦٠٣ وفقرة ٦٠٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٢ ص ٩١ - وإذا وكل شخص في شراء بضائع في المزداد بأثمان معينة ، فلم يدخل المزداد في بعضها ، ودخل في بعض آخر عارضاً ثمناً غير الثمن المتفق عليه ، كان مسئولاً عن هذا الخطأ ، ولا حق له في الأجر (استئناف مخطط ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٥ ص ٣٧٢ ٣٥٧) . ولا يكون الوكيل مسئولاً إذا باع بضاعة قابلة للتلف (كانت البضاعة بصلًا) بشئ أقل من الثمن الذى عينه الموكل ، إذا أثبت الوكيل أنه ما كان يستطيع البيع بأقل من هذا الثمن ولو امتنع عن البيع لتلف البضاعة (استئناف مخطط ٢١ أبريل سنة ١٩٢٦ ص ٣٨ ٣٥٢) .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٢ ص ٩١ - أولم يسجل الكتاب لله يرسل فيه الموكل نفقوداً أو أشياء ثمينة أخرى ، بل يرسلها في كتاب هادى غير موسى عليه (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٢ ص ٩١) .

(٣) لوران ٢٧ فقرة ٢٧٩ - جيوار فقرة ١٠٥ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٦٠٣ ص ٣١٨ .

(٤) محمد على عرفة ص ٣٧٨ .

يرتكب في هذه الحالة خطأ جسيماً يكون مسئولاً عنه سواء كان مأجوراً أو غير مأجور^(١).

(١) بودرى وثال في الوكالة فقرة ٦٠٤ - أما إذا كان غير ظاهر الإصرار ولكن كان من اليسر على الوكيل أن يعلم أنه مسرور بذلك النية المألوقة في حالة الوكالة بأجر ، أولويلد تنبئه للشخصية في حالة الوكالة بنير أجر ، فإنه يكون مسئولاً (بلانويل وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١٤٧٢ ص ٩١٠ - محمد علي عرفة ص ٣٧٩) .

وعلى هذا النحو يكون الوكيل مسئولاً عن الخطأ بجميعه للموضوعي أو بميازه الشخصى بحسب الأحوال ، إذا أساء تقدير الصفقة التي عقدتها وهل هي رابحة أو خاسرة (نقض فرنسي ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٦ سيرة ١٩٢٧ - ١ - ٢٨٣) ، أو لم يتخذ الإجراءات اللازمة لسلامة الصفقة (نقض فرنسي ١٣ مايو سنة ١٩٢٧ - ١ - ١٥٤ - بلانويل وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١٤٧٢ ص ٩١٠) ، أو لم يطلب زيادة الأجر تطبيقاً لأحكام التشريعات الاستثنائية في الإيجار (السين ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٢ دالوز الأسبوعي ١٩٢٣ - ١٣) ، أو هرق دعوى عن دعوى دون أن يثبت من سلامة الادعاء (نقض فرنسي ٧ نوفمبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٤٦) ، أو لم يثبت من ملكية البائع في تحرير عقد البيع المشتري (استئناف غسطل ٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٧) .

وإذا كانت الوكالة في صلح فقد الوكيل الصلح في جنود الوكالة ، انصرف أثر الصلح إلى الموكل ، ولكن الوكيل يكون مسئولاً قبل الموكل إذا لم يبدل النية الواجبة في تحرى مصلحة الموكل وترتب على ذلك أن ألحق الصلح بالموكل فيما (نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨ ص ٨٥) . وإذا كان العرف أو القانون في البلد الذي شحت إليه البضاعة يحول دون تنفيذ تعليمات البائع من عدم تسليم سندات الشحن إلا بعد دفع قيمتها بالاسترلين ، وكان البائع قد اشترط عند عدم الدفع تخزين البضاعة والتأمين عليها ، فإنه يكون من الواجب على قبلك الذي وكل في هذا السبل إما التنس من قبول الوكالة أو القيام بتخزين البضاعة وفقاً لتعليمات المرسل ، فإن خالف ذلك وسلم السندات كان مسؤولاً من عمله (نقض مدني ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٩٧ ص ١٤٦١) . ولما كان إيجار الوقت في عهد القنطين الملقى القديم يجوز بالنسبة للناس ، كان القضاء يقصر ذلك على العلاقة فيما بين الناظر والمستأجر دون العلاقة فيما بين الناظر والمستحقين . وقد تنسحت فكرة النقض في هذا المعنى بأن القول بأن ناظر الوقت له أن يؤجر أحيانه ولو بين فاحش إنما هو خاص بتحديد العلاقة بين المستأجر وبين الناظر المؤجر له ومن يخلفه في الناظر ، ولا يمتد ذلك إلى المستحقين ولا يمتد عليهم ، لأن الناظر إذا كان يتقاضى أجراً يعتبر مسئولاً أمامهم من تقصيره . وفقاً لقواعد الخاصة بعقد الوكالة ، وإذا فني كان الواقع هو أن ناظر الوقت الذي يتقاضى أجراً قد أجر أحيانه الوقت بنين فاحش ، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يمتد بهذه الأجرة في علاقة الناظر بالمستحق وألزموه بأجر المثل لا يكون قد خالف القانون (نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧١٢ ص ١٥٥١) . ولكن لا محل للطالب تمويض لبيع أنطوان بأثر ما تساوى ، إذا فوض صاحب =

٢٥٤ - عدم مسؤولية الوكيل عن السبب الأجنبي : وككل مدين لا يكون الوكيل مسئولاً عن السبب الأجنبي . فإذا كان الضرر الذي أصاب الموكل من جراء تنفيذ الوكالة راجعاً إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل الغير أو خطأ الموكل نفسه ، فإنه يكون ضرراً ناجماً عن سبب أجنبي ، ومن ثم لا يكون الوكيل مسئولاً عنه^(١) .

وتطبيقاً لذلك يكون الوكيل غير مسئول إذا وكل في شراء منزل أو في بيعه ، وقبل تنفيذ الوكالة احترق المنزل بقوة قاهرة أو انهدم في غارة جوية ، فأصبح تنفيذ الوكالة مستحيلًا بقوة قاهرة أو بحادث فجائي^(٢) .

وكذلك لا يكون الوكيل مسئولاً إذا وكل في قبض دين ، فصدر قانون يوقف دفع الديون (moratorium) ، فلم يستطع الوكيل لهذه القوة القاهرة أن ينفذ الوكالة ويقبض الدين . ولا يكون مسئولاً للتأخر في تنفيذ الوكالة إذا اقتضى تنفيذها الانتقال إلى مكان آخر ، فانقطعت سبل المواصلات لحرب أو ثورة أو قوة قاهرة أخرى . ولا يكون مسئولاً إذا وكل في التعاقد مع شخص بالذات لاعتبارات شخصية فيه فأت هذا الشخص قبل أن يتعاقد معه ، إذ يكون عدم تنفيذ الوكالة راجعاً إلى قوة قاهرة^(٣) .

= الألتان إلى الوكيل بأن يبيها عندما يريد، ولم يثبت أن البيع حدث بأقل من اثمن الجارى يوم البيع (استئناف وطني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ١٨٢) . وانظر استئناف غنط في يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٩ - ٩ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٨٢ - ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٣٤ .

وانظر في تطبيقات غنطفة الخطأ المادي أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٩٣ -

فقرة ٢٠١ .

(١) ويرجع الوكيل على الموكل بما عسى أن يكون قد أنفق في تنفيذ الوكالة بالرغم من أن التنفيذ قد حال دون إتمامه سبب أجنبي ، فسوى أن الوكيل يرجع بالمصروفات التي أنفقا في تنفيذ الوكالة مهما كان حظه من النجاح في تنفيذها (م ٧٠ مدن) : محمد علي عرفة ص ٣٨٠ - وانظر ما يلي فقرة ٢٨٥ .

(٢) وقد قلنا أنه لو كان المنزل قد احترق قبل التوكيل ، كانت الوكالة باطلة لاستحالة العمل (انظر أيضاً فقرة ٢٣٣ في الهامش) . أما هنا فالمنزل قد احترق بعد التوكيل وقبل تنفيذ الوكالة ، فتنسخ الوكالة لاستحالة التنفيذ ، ولا يكون الوكيل مسئولاً عن التوفيق لأن الاستحالة بسبب قهري .

(٣) وإذا قبض الوكيل مالاً للموكل فضاغ أو تلفت بقوة قاهرة، لم يكن الوكيل مسؤولاً . =

وكذلك لا يكون الموكل مسئولاً عما ينجم من الضرر في تنفيذ الوكالة بفعل الغير . فإذا اقتضى هذا التنفيذ أن يودع الوكيل مال الموكل عند الغير ، وضاع هذا المال بفعل المودّع عنده ، لم يكن الوكيل مسئولاً ، إلا إذا كان المودّع عنده تابعاً للوكيل فيكون مسئولاً عنه مسئولية المتبوع عن التابع . ولا يكون المأجور مسئولاً عن الضرر الذي ينجم عن ضياع مستندات موكله ، إذا أثبت أنه أودع هذه المستندات قلم كتاب المحكمة وأن هذا القلم هو الذي أضاعها^(١) . وإذا وكل شخص في قبض دين ، فلم يستطع أن ينفذ الوكالة لإحصار المدين ، لم يكن مسئولاً ، والغير هنا هو المدين المعسر^(٢) . وعلى الوكيل أن يثبت إحصار المدين ، فإذا ادعى الموكل أن المدين لم يكن معسراً وقت التوكيل وقد تهاون الوكيل في مطالبته حتى أعسر ، كان على الموكل أن يثبت دعواه ، فإذا أثبت أن الموكل كان الوكيل مسئولاً لتهاونه^(٣) .

وأخيراً لا يكون الوكيل مسئولاً عن الضرر الذي ينجم عن خطأ الموكل نفسه . فإذا كان الوكيل في حاجة إلى بيانات من الموكل لتنفيذ وكالته فخلق منه بيانات خاطئة ، أو كان في حاجة إلى نقود بقدمها له الموكل فتأخر هذا في تقديمها ، لم يكن الوكيل مسئولاً عن الضرر الذي ينجم عن ذلك^(٤) .

— وقد نصت المادة ٩٣٥ منق في هذا الصدد على أن «المال الذي قبضه الوكيل لحساب موكله يكون أمانة في يده ، فإذا تلف دون تعد يلزم الضمان . وللموكل أن يطلب إثبات الخلل» .

(١) أنجه ٩ يناير سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٤ - ٢ - ٣٥٢ - يودري وقال في الوكالة فقرة ٢٩٦ .

(٢) باريس ٩ فبراير سنة ١٨٩٣ جازيت دي باليه ٩٣ - ١ القسم الثاني ص ٤٦ .

(٣) يودري وقال في الوكالة فقرة ٥٩٦ - ويكون الوكيل أيضاً غير مسئول لأن عدم تنفيذ الوكالة يرجع إلى فعل الغير الذي يتحمل منه ، إذا رفض هذا الغير التصالح مع الوكيل (جيوار فقرة ١٠٩ - يودري وقال في الوكالة فقرة ٥٩٦) .

(٤) نقض غرلى ١٠ مايو سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤ - ١ - ٢٥٩ - جيوار فقرة ١٠٩ - يودري وقال في الوكالة فقرة ٥٩٨ - ولا يكون الوكيل ضامناً لحلاك الشيء ملك الموكل إذا نشأ الحلاك من حادث مفاجئ أوقوة قاهرة ، ولو كان في وسع الوكيل أن يتحاشى الحلاك باستعمال شيء من ملكه الخاص ، أو كان بين أن يتخذ شيئاً مملوكاً له أو الشيء المملوك للموكل فاختار أن يتخذ ما يملكه . وهذا بخلاف المستجير فإنه يكون مسئولاً في حالتين الحاليتين الأخيرتين (م ٢/٦٤١ منق) ، وذلك لأن المستجير يتلقى تبرعاً من المغير ، أما الوكيل - حتى لو كان بأجر - فلا يتلقى تبرعاً من الموكل (يودري وقال في الوكالة فقرة ٦٠٦ - وانظر عكس ذلك بون ١ فقرة ٩٩٨ - فريولون فقرة ٤٠٩) .

٢٥٥ - **إثباتات:** ولما كان التزام الوكيل - ورام يبلد عناية كما سبني القول ، والموكل في صدد مطالبته بتعويض لإخلاله بتنفيذ التزامه ، فإن الموكل هو الذي يقع عليه عبء إثبات عقد الوكالة وأن الوكيل لم يتم بتنفيذ التزامه أو قام به على وجه معيب^(١) ، وأنه قد نجم عن ذلك ضرر أصاب الموكل . فإذا أثبت الموكل ذلك ، كان هذا إثباتاً لخطأ الوكيل العقدي . وللوكيل عند ذلك أن ينفي عن نفسه المسؤولية بأن يثبت أن عدم تنفيذه لالتزامه إنما يرجع إلى سبب أجنبي ، فتتعدم علاقة السببية ، ولا تتحقق مسؤولية الوكيل العقدية . ويجوز للوكيل أيضاً ، إذا أثبت الموكل عقد الوكالة ، ألا يقف موقفاً سلبياً ويترك الموكل يثبت عليه الخطأ العقدي ، بل ينتقل من نطاق المسؤولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العملي ، فيثبت أنه قد نفذ التزامه تنفيذاً عينياً فبذل في تنفيذ الوكالة كل العناية الواجبة^(٢) .

وإذا ادعى الموكل أنه قدم للوكيل مالا أوشيناً لتنفيذ الوكالة وطلب حساباً عنه ، وجب عليه أن يثبت ذلك طبقاً للقواعد العامة في الإثبات ، وإذا كان عقد الوكالة ثابتاً بالكتابة جاز اعتباره مبدأً ثبوت بالكتابة يعزز بالبيئة أو بالقرائن لإثبات دعوى الموكل^(٣) . أما إذا ادعى الموكل أن الوكيل قد تسلم من الغير

= وانظر في تطبيقات مختلفة للسبب الأجنبي أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ Mandat فقرة ٢٠٣ - فقرة ٢٠٤ .

(١) وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ذلك (نقض فرنسي ٢ فبراير سنة ١٨٨٥ سيرة ٨٧-١-٢٦٨-١١ نوفمبر سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٦-١-٢٩-٢٦ أبريل سنة ١٨٨٧ سيرة ٨٧-١-٤٧١-٢١ أكتوبر سنة ١٨٩١ سيرة ٩٥-١-٤٤٧-٢ يوليو سنة ١٩٠٠ سيرة ١٩٠١-١-٤٤٥-٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٤ سيرة ١٩٠٥-١-٤٨٥-١ - يودري وقال في الوكالة فقرة ٦٦٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ ص ٩١٤ .

(٢) انظر في كل ذلك الوسيط ١ فقرة ٤٢٩ ص ٦٦١ - وقارن يودري وقال في الوكالة فقرة ٦٦٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧١ ص ٦١٣ - وإذا أراد الوكيل إثبات أنه قام بإبرام التصرف القانوني ، وجب عليه أن يثبت ذلك طبقاً لقواعد العامة للإثبات ، فلا يثبت إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ما تزيد قيمته على عشرة جنيهات . أما إثبات الوقائع المادية التي صدرت من الوكيل فيكون بجميع الطرق (نقض فرنسي ٣٠ أكتوبر سنة ١٨٩٢ سيرة ٩٤-١-٢٣٦-٢٧ يونيو سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٤-١-٣٧١ - يودري وقال في الوكالة فقرة ٦٦٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ ص ٩١٤) .

(٣) يودري وقال في الوكالة فقرة ٦٦١ - جيبوار فقرة ١٣٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ .

مالاً أو شيئاً لحساب الوكالة ، فله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن مهما بلغت القيمة ، لأنه لم يكن يستطيع في هذا الفرض الحصول على إثبات كتابي^(١) . وإذا كان الوكيل ملتزماً بموجب الوكالة أن يطالب الغير بشيء ، فمجرد عدم مطالبته إياه به يعتبر خطأ في جانبه ، وليس على الموكل أن يثبت أن الغير سلم الشيء للوكيل^(٢) ، وذلك ما لم يثبت الوكيل أن عدم مطالبته للغير بتسليم الشيء يرجع إلى سبب أجنبي^(٣) .

وعلى الوكيل عبء إثبات الوجوه التي استعمل فيها المال أو الأشياء التي تسلمها من الموكل^(٤) . أما المبالغ التي تسلمها الوكيل لحساب الموكل ولم يكن مفوضاً في استعمالها ، فإنه يلتزم بدفعها للموكل ، فإذا ادعى هذا أن الوكيل استعملها لصالح نفسه وجب عليه إثبات ذلك^(٥) ، وعندئذ يكون له الحق في طردها بالسعر القانوني من وقت استخدام الوكيل لها (م ٧٠٦ مدني) ، وسيأتي بيان ذلك .

٢٥٦ — التعويض : والتعويض الذي يرجع به الموكل على الوكيل من جراء خطأ في تنفيذ الوكالة يكون بمقدار الضرر الذي أصاب الموكل بسبب هذا الخطأ . فإذا لم يكن هناك ضرر ، فلا تعويض . مثل ذلك أن يوكل دائن شخصاً في التنفيذ على منزل لمدينه مرهون له ، فيقتصر الوكيل في اتخاذ إجراءات التنفيذ وينجم عن هذا التقصير أن يفوت على الموكل التنفيذ على هذا المنزل ، م

(١) نقض فرنسي ٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ١ - ١٨٣ - جيوار فترة ١٣٨ - بودري وقال في الوكالة فترة ٦٦٥ - بلانيول وريبير وسالفاتيه ١١ فترة ١٤٧٤ ص ٩١٤ .

(٢) نقض فرنسي ٢٢ فبراير سنة ١٨٥٤ دالوز ٥٤ - ١ - ١١٣ - ١٥ يناير سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٣ - ١ - ٢٤٩ - بلانيول وريبير وسالفاتيه ١١ فترة ١٤٧٤ ص ٩١٤ وفترة ١٤٧٧ ص ٩١٨ .

(٣) بلانيول وريبير وسالفاتيه ١١ فترة ١٤٧٧ ص ٩١٨ .

(٤) نقض فرنسي ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٤ سيرة ٨٤ - ١ - ٢١٣ - بودري وقال في الوكالة فترة ٦٦١ - بلانيول وريبير وسالفاتيه ١١ فترة ١٤٧٤ ص ٩١٤ .

(٥) نقض فرنسي ٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٣ - ١ - ٤٥٤ - بلانيول وريبير وسالفاتيه ١١ فترة ١٤٧٤ ص ٩١٤ - وله إثبات هذه الواقعة المادية بجميع الطرق (نقض فرنسي ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٤ - ١ - ٦٦ - ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٤ سيرة ٨٤ - ١ - ٢١٣ .

يتبين أن دائناً مرتبها متقدماً على الموكل استنفذ ثمن المنزل استيفاء لحقه ، فلم يكن ليقب شيء من الثمن يأخذه للموكل لو أن وكيله لم يقصر في تنفيذ الوكالة^(١) . أما إذا أصاب الموكل ضرر ، فإن التعويض يكون بمقدار هذا الضرر^(٢) . فإذا فوت المحامي ميعاد رفع الدعوى أو ميعاد الطعن تقصيراً منه ، كان مسئولاً عما كان الموكل يكسبه من رفع الدعوى أو الطعن في الميعاد^(٣) . وإذا قصر الوكيل في قبض دين وكل في قبضه حتى انتفضى الدين بالتقادم ، كان مسئولاً نحو الموكل بمقدار هذا الدين . وإذا كان في يده مال للموكل قتل أو ضاع بتقصيره ، كان مسئولاً عن قيمة هذا المال . وإذا باع منزلاً وكل في بيعه بضمن بنفس ، وكان يستطيع بيعه بضمن أعلى لو بذل العناية الواجبة ، كان مسئولاً عن الفرق في الثمن^(٤) .

وقد يكون الوكيل موكلاً في بيع أرض ومنزل ، فيبيع الأرض بضمن أهل من ثمن المثل والمنزل بضمن أدنى ، ويكون ما كسبه في الأرض مساوياً أو أعلى مما خسره في المنزل ، فلا تقع مقاصة بين المكسب والخسارة ، ويكون الوكيل مسئولاً عما خسره في المنزل دون أن يستنزل من هذه الخسارة ما كسبه في الأرض . ذلك أن ما كسبه في الأرض هو خالص حق الموكل ، فإن الوكيل

- (١) نقض فرنسي ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ١٨٨ - ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ سريه ١٩٠٢ - ١ - ١٤٦ - بودوي وقال في الوكالة فقرة ٦٤٣ - فقرة ٦٤٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٣ ص ٩١٢ - وإذا ارتكب الوكيل خطأ وكان الموكل يستطيع تلاني الضرر تقصر في تلانيه ، فقد يستغرق خطأ الموكل خطأ الوكيل فلا يكون هذا مسئولاً (نقض فرنسي ١٠ مايو سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤ - ١ - ٢٥٩ - ٣ يناير سنة ١٩٠٠ سريه ١٩٠١ - ١ - ٣٢١ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٠٠ ، دالوز ١٩٠١ - ١ - ٤٤٠) ، وقد يكون هناك خطأ مشترك تخفف مسئولية الوكيل (نقض فرنسي ١٩ ديسمبر سنة ١٨٥٣ دالوز ٥٤ - ١ - ٢٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٣ ص ٩١٢) .
- (٢) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٣ ص ٩١٢ .
- (٣) جريونيل ١٢ يولييه سنة ١٨٩٨ سريه ٩٩ - ٢ - ٢٩٩ - بودوي وقال في الوكالة فقرة ٦٤٥ حاشي ١ .

(٤) وإذا قصر الوكيل في استئصال مبلغ وكل في استئضاله ، كان مسئولاً عن الضرر ولو زاد على فوائد هذا المبلغ بالسعر القانوني (نقض فرنسي ١٨ سبتمبر سنة ١٨٦٢ دالوز ٦٣ - ٥ - ١٢٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٣ ص ٩١٢) . أما إذا لم يذبح الوكيل في استئصال المبلغ ، فأبقاءه دون استئصال ، فإنه لا يكون مسئولاً ، إلا إذا استمدح في صالح نفسه فيكون مسؤولاً عن فوائده بالسعر القانوني كما سيأتي .

إذا استطاع التعاقد بشروط أفضل عاد نفع ذلك - خالصاً للموكل^(١) ، فلا يكون الموكل مدنياً بهذا الكسب الوكيل حتى تقع مقاصة فيه مع ما حصره الوكيل في المنزل ، وتبقى الخسارة ديناً في ذمة الوكيل^(٢) .
ومن صور التعويض أن يضيف الموكل الصفقة الخاسرة لحساب الوكيل ، فيترك له السلعة التي اشتراها بثمان أعلى أو من صنف أقل جودة ، أو التي تأخر في شرائها ففقدت فائدتها للموكل^(٣) . وإذا اشترى الوكيل السلعة بثمان أعلى من الثمن الذي عينه الموكل ، ولم يرد أن يستقيها لحسابه ، جاز له أن يلزم بها الموكل ولكن بالثمن الأدنى الذي عينه هذا الأخير^(٤) .

٢٥٧ - التعديل أو تقاضي لقواعد المسؤولية : ويمكن الاتفاق على تعديل القواعد سالفة الذكر ، فتشدد مسئولية الوكيل أو تخفف أو يعفى منها .
مثل تشديد مسئولية الوكيل أن يشترط الموكل عليه ضمان الربح في الصفقة التي يعقدها ، فيكون الوكيل مسؤولاً عن الخسارة حتى لو كان سببها قوة قاهرة .

(١) انظر آتفاً فقرة ٢٤٧ .

(٢) ديرانتون ١٨ فقرة ٢٤٤ - جيوار فقرة ١٠٨ - بودي وفال في الوكالة فقرة ٦٤٦ - أوبري ورو وإسان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٦ - وانظر في هذا المعنى بوتيه في الوكالة فقرة ٥٢ - وانظر أيضاً المادة ١٨٥٠ مدني فيما يتعلق بالثريك - وانظر عكس ذلك وأن الوكيل يستنزّل المكسب من الخسارة ترولون فقرة ٤٠٣ - بون ١ فقرة ٩٩٩ - بلاديول وريير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٣ ص ٩١٣ - أكثم أمين الخول فقرة ١٨٢ ص ٢٢٧ - والقضاء الفرنسي يسمح باستنزال المكسب من الخسارة إذا قام ارتباط بينهما ، بأن كان الوكيل لم يكن ليحسب المكسب لولا تحمله الخسارة (نقض فرنسي ٨ ديسمبر سنة ١٨٨٤ سيرييه ٨٦ - ١ - ٣٠٣) ، أو انتظمت صفقة واحدة المكسب والخسارة فنقد الوكيل بعض الأشياء التي تشتمل عليها الصفقة تقديرًا عالياً ، وقدّر الأشياء الأخرى تقديرًا بخساً (نقض فرنسي ١١ نوفمبر سنة ١٨٨٥ سيرييه ٨٦ - ١ - ٣٠٣) . ولا يستنزّل المكسب من الخسارة في الوكالة غير المأجورة ، مادامت الخسارة قد نجمت من عدم بذل الوكيل العناية الواجبة وهي أقلّ العناية من عناية الشخص المعتاد - وانظر أيضاً في هذه المسألة أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٠٨ .

(٣) باريس ٢١ يولييه سنة ١٨٩٢ جازيت دي پاليه ٩٢ - ١ - ٦٧ - جيوار فقرة ٧٣ وفقرة ١١١ - بودي وفال في الوكالة فقرة ٦٤٨ .

(٤) ترولون فقرة ٢٧ - جيوار فقرة ٧٤ وفقرة ١٠٢ - بودي وفال في الوكالة فقرة ٦٤٩ ص ٣٥٢ - وانظر عكس ذلك وأن الوكيل لا يستطيع إلزام الموكل بالسلعة ولو بالثمن الأدنى بون ١ فقرة ٩٨٢ .

ومثل ذلك أيضاً أن يشترط الموكل على الوكيل أن يحمل هذا عبء الإثبات ، فلا يكون الموكل مكلفاً بإثبات خطأ الوكيل ، بل يكون الوكيل هو المكلف بنفي الخطأ . ومن أمثلة التشديد في مسؤولية الوكيل أن يتعهد بإتمام الصفقة مع شخص معين فيكون مسئولاً لورفض هذا الشخص التعاقد ، وتكون الوكالة في هذه الحالة مقترنة بتعهد عن الغير (promesse pour autrui)^(١)

ومثل تخفيف مسؤولية الوكيل أن يشترط على الموكل ، إذا كانت الوكالة مأجورة ، ألا يكون مسئولاً إلا عن عاقبته الشخصية بشرط ألا تزيد عن عناية الشخص المعتاد . ومثل ذلك أيضاً أن يشترط الوكيل على الموكل ألا يكون مسئولاً عن التعويض إلا في حدود مبلغ معين ، ولو زاد الضرر على هذا المبلغ . وإعفاء الوكيل من المسؤولية يكون بأن يشترط على الموكل ألا يكون مسئولاً عن خطئه . ويصح هذا الشرط حتى لو كانت الوكالة مأجورة ، لأن الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ العقدي جائز . ولكن يبقى الوكيل ، بالرغم من هذا الشرط ، مسئولاً عن الغش والخطأ الجسيم^(٢) ، إلا إذا كان الغش أو الخطأ الجسيم واقعاً من أشخاص استخدمهم في تنفيذ الوكالة واشترط عدم مسؤوليتهم عنهم^(٣) .

(١) ويقابل التشديد في المسؤولية غالباً زيادة في الأجر (تروлонن فقرة ٣٧٢ - بون ١ فقرة ٩٩٩ - جيوار فقرة ١١٠) - رانظر في تشديد المسؤولية بتحميل الوكيل تبة القوة القاهرة : نقض فرنسي ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٧٦ سيرة ٧٧ - ١ - ٢٠٠ - ٢ - يولييه سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٧ - ١ - ١٩٥ - باريس ١١ مارس سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ٢ - ٤١٥ - جيوار فقرة ١١٠ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٦٤١ - بلانيرول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٥ ص ٩١٥ . ويكون تشديداً لمسئولية الوكيل أن يكفل للموكل يسار الغير الذي يتعامل معه ، كما يفعل الوكيل بالمعمولة عندما يكفل يسار المشتريين ، ويسمى في هذه الحالة وكيلاً مصدقاً (commissionnaire du croire) (كولان وكابيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٣٥٧ ص ٨٧٠) .

(٢) نقض فرنسي ٦ مايو سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٢٨٨ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٦٣٦ - بلانيرول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٥

(٣) انظر م ٢/٢١٧ مدني - ويجوز للموكل ، بعد أن تتحقق مسؤولية الوكيل ، أن يترد عن دعوى المسؤولية صراحة أو ضمناً (نقض فرنسي ٣ يناير سنة ١٩٠٠ سيرة ١٩٠١ - ١ - ٢٢١ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٦٣٨ ص ٢٤٥) . وإذا نهي الموكل الوكيل عن تصرف معين وباشره الوكيل مع ذلك ، ثم أخطأ الموكل ، فإن سكوت هذا الأخير إذا لم تقترب به ظروفه

§ ٣ - تعدد الوكلاء ونائب الوكيل

٢٤٨ - تعدد الوكلاء - نص قانوني: تنص المادة ٧٠٧ من القانون

في على ما يأتي :

« ١ - إذا تعدد الوكلاء ، كانوا مسئولين بالتضامن ، متى كانت الوكالة قابلة للتقسام ، أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك . على أن الوكلاء ، ولو كانوا متضامنين ، لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزاً حدود الوكالة أو متعمداً في تنفيذها » .

« ٢ - وإذا عين الوكلاء في عقد واحد دون أن يرخص في انفرادهم في العمل ، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين ، إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأي كقبض الدين أو فائه »^(١).

ويقابل النص في القانون المدني القديم المادة ١٩٩/٦٣٥^(٢) .

== تدل على الموافقة لا يحد نزولاً ضمنياً . أما إذا تلقى الموكل الحساب من الوكيل وسكت مدة طويلة دون أن يبرئ ، جاز أن يحد سكوته موافقة ضمنية (بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٣٨ ص ٣٤٦) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٨٢ من المشروع انتهى على الوجه الآتي : « ١ - إذا تعدد الوكلاء ، كانوا مسئولين بالتضامن ، متى كانت الوكالة غير قابلة للتقسام ، أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك دبر فيها بينهم . على أن الوكلاء ، حتى لو كانوا متضامنين ، لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزاً حدود الوكالة أو متعمداً في تنفيذها » .

٢ - إذا عين الوكلاء في عقد واحد ، دون أن يصرح بالانفراد في العمل ، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين . وفي لجنة المراجعة جذفت من الفقرة الأولى عبارة « دبر فيها بينهم » الواردة بعد عبارة « نتيجة خطأ مشترك » ، ثم أقرت اللجنة النص تحت رقم ٧٣٩ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أضيفت إلى آخر الفقرة الثانية عبارة « إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأي كقبض الدين أو فائه » ، وذكر أن هذا التعديل يزيل لبساً عرّض في العمل ، وقد أصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه في القانون المدني الجديد ، وصار رقمه ٧٣٨ . ووافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٧٠٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية « ص ٢٠٨ - ص ٢١١) .

(٢) القانون المدني القديم ١٩٩/٦٣٥ : إذا تعدد الوكلاء في عمل واحد يتوكل واحد ، ولم يصرح لأحدهم بالانفراد في العمل ، فلا يجوز لهم العمل إلا معاً .

(وهذا الحكم يتفق مع حكم القانون المدني الجديد . ولم يرد في القانون المدني القديم نص على تضامن الوكلاء في المسؤولية ، فكانت القواعد العامة هي التي تطبق ، وهي تقضي بالتضامن في الالتزامات العقدية دون اتفاق خاص : مصر الوطنية ٢١ أغسطس سنة ١٩٣٥ إعطاء ١٦ رقم ١٣٨ ص ٣٣٠ - ولا تدرى أحكام القانون المدني الجديد فيما يتعلق بتضامن الوكلاء إلا في عقود الوكالة التي أبرمت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٦٧٣ - وفي التقنين المدني الليبي ٧٠٧ - وفي التقنين المدني العراقي م ٩٣٨ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٨١ و ٧٩١^(١).

٣٥٩ - اجتماع الوكلاء أو انفرادهم بالعمل : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٧٠٧ مدني تميز بين فرضين : (١) إذا عين كل الوكلاء في عقد واحد . (ب) إذا عينوا في عقود متفرقة .

(٩) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٧٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٠٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٣٨ : ١ - إذا وكل شخص وكيلين بعقد واحد ، فليس لأحدهما

أن يتصرف بالتصرف فيما وكل به ، إلا إذا كان لا يحتاج فيه إلى الرأي كليهما الذين ورد الوديعة ، أو كان لا يمكن اجتماعهما عليه كالمصومة ، فإنه يجوز لكل منهما الانفراد وحده بشرط انضمام الآخر في المصومة لا حضوره . ٢ - فإن وكلهما بعقدين ، جاز لكل منهما الانفراد بالتصرف مطلقاً .

(وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن التقنين العراقي لا يتضمن نصاً على تضامن الوكلاء فلا يقوم التضامن لأن التزامات الوكيل التزامات عقدية) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٨١ : إذا عين عدة وكلاء لوكالة واحدة لأجل مسألة واحدة ، فلا يجوز أن يعملوا منفردين إلا بترخيص صريح في هذا الشأن . فلا يمكن مثلاً واحداً منهم أن يقوم بعمل إداري في غياب الآخر ، وإن كان من المستحيل على الغائب أن يماونه في هذا العمل - على أن الحكم السابق لا يطبق في الحالتين الآتيتين : أولاً في النطاق لدى القضاء ، أو رد الوديعة ، أو دفع دين محرر مستحق ، أو القيام بتدبير احتياطي في مصلحة الموكل ، أو بأمر آخر مستعجل يود إعماله بالضرر على الموكل . ثانياً - في الوكالة المفقودة بين تجار عمل أشتال تجارية - في هاتين الحالتين يمكن أحد الوكلاء أن يعمل وحده عملاً صحيحاً ما لم يكن هناك نص مخالف . م ٧٩١ : إذا وجد عدة وكلاء ، فلا يكون التضامن بينهم إلا إذا نص عليه . على أن تضامن الوكلاء يوجد ستماً : أولاً - عندما يكون الضرر الذي أصاب الموكل ناشئاً عن خطأ مشترك جرى عليه تواطؤ بينهم . ثانياً - عندما تكون الوكالة غير قابلة للتجزئة . ثالثاً - عندما تكون الوكالة مستفدة على أشتال تجارية بين تجار وليس ثمة نص مخالف - على أن الوكيل ، وإن كان متضامناً مع سائر الوكلاء ، لا يسأل في أي حال من الأحوال عما فعله أحدهم مما يخرج عن حيز الوكالة أو يتجاوز حدودها .

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا بعض تفصيلات

تتعلق بوجه خاص بالوكالة المفقودة بين تجار في أعمال تجارية في التقنين اللبناني ، فيصح فيها انفراد أحد الوكلاء بالعمل ويكون فيها الوكلاء متضامنين ، وفيما عدا أن الخطأ المشترك الذي يوجب تضامن الوكلاء في التقنين اللبناني يجب أن يكون قد جرى عليه تواطؤ بينهم) .

(١) فإذا عين كل الوكلاء في عقد واحد ، فقد اتخذ المشرع من ذلك فريضة قانونية على أن الموكل أراد ألا يعملوا إلا مجتمعين . فإذا وكلوا في بيع أو شراء أو إيجار أو استئجار أو صلح أو إدارة عمل ، وجب ألا يباشروا التصرف الموكلين فيه إلا مجتمعين وبعد التداول فيما بينهم وموافقهم جميعاً على التصرف . ذلك أن الموكل قد أراد بجمعهم في عقد واحد أن يلزمهم بالتشاور في أمر الوكالة ، وبالتعاون في تنفيذها ، وبأن يكون كل منهم رقيباً على الآخرين . فإذا استقل أحدهم أو بعضهم بعقد الصفقة أو إدارة العمل ، فقد اختل ما قصد إليه الموكل ، وضاع عليه رأى باقي الوكلاء الذين لم يشتركوا في تدبير أمر هو في حاجة إلى أن يساهموا فيه برأيهم ، كما إذا اقتضى تنفيذ الوكالة إيجاد مشتر بشروط مناسبة أو مناقشة شروط صلح لحسم نزاع معين أو اتخاذ خبر التدابير لإدارة متجر الموكل أو مزرعته . فإذا باشر التصرف أحد الوكلاء أو بعضهم دون الباقيين ، كان التصرف باطلاً لانعدام صفة من باشر التصرف ، إذ لا صفة إلا للوكلاء مجتمعين ^(١) . ويستوى في ذلك أن يكون الغير عالماً بتعدد الوكلاء أو غير عالم بذلك ، فقد كان عليه أن يتحرى ^(٢) وبخاصة أن الوكلاء المذكورون جميعاً في عقد واحد ، وذلك مع عدم الإخلال بتطبيق قواعد الوكالة الظاهرة على الوجه الذي سنبينه . ومع ذلك يجوز لأحد الوكلاء أن ينفرد بالعمل إذا وافق عليه الباقيون فيما بعد ، ويعتبر التصرف صادراً منهم جميعاً من وقت موافقة الباقيين ^(٣) .

ويستثنى مما تقدم أن يكون التصرف محل الوكالة مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأي ، فيجوز لأي من الوكلاء أن يباشره منفرداً ، لانتهاء الحكمة من وجوب

(١) استئناف مخطوط ١٢ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٦ .

(٢) نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٢ ص ١١٠٩ - وانظر مايل فقرة ٣٠٤ في المامش .

(٣) محمد علي عرفه ص ٣٨١ - وقد قضت محكمة النقض بأنه من المقرر شرعاً وقانوناً أن أحد الوكيلين أو أحد الوصيين ، المشروط لها في التصرف مجتمعين ، إذا تصرف بإذن صاحبه أو بإجازته فقد تصرفه ، صريحة كانت الإجازة أو ضمنية . فإذا أجرى أحد هذين الوصيين تصرفاً ما صح تصرفه ، متى صدرت من شريكه في الوصاية أعمال وتصرفات دالة على رضائه بهذا التصرف (نقض مدني ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣١١ ص ١٠٠٧) - وقارن استئناف مخطوط ٢٤ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٩ - ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٢ .

اجتماعهم : مثل ذلك أن يكون التصرف هو قبض دين معين ، أو وفاءه ، أو الإبراء منه ، أو قبول هبة معينة ، أو رد الوديعة ، أو إيجار منزل معين بالشروط المألوفة وبالأجرة التي يسمح بها القانون^(١) . في هذه التصرفات وأمثالها ليس للوكيل من السلطة التقديرية إلا قدر محدود جداً لا يتفصح فيه مجال الرأي ، وليس عليه إلا أن يتثبت من صحة التعاقد ومطابته لتعليمات الموكل ، فليست هناك حاجة لاجتماع الوكلاء^(٢) . ويستثنى كذلك ما نصت عليه المادة ٨٥ من تقنين المرافعات في خصوص وكلاء الخصومة ومنهم المحامون من أنه إذا تعدد الوكلاء ، جاز لأحدهم الانفراد بالعمل في القضية ، ما لم يكن ممنوعاً من ذلك بنص في التوكيل^(٣) . فتعكس القرينة القانونية في حالة تعدد وكلاء الخصومة ، ويكون المفروض جواز انفراد كل وكيل بالعمل ما لم ينص على وجوب اجتماع الوكلاء^(٤) .

ووجوب اجتماع الوكلاء المعيّنين في عقد واحد ليس من النظام العام ، والقرينة القانونية التي وضعها المشرع في هذا الشأن ليست قرينة قاطعة فيجوز إثبات عكسها . ومن ثم يجوز للموكل أن يرخص للوكلاء المعيّنين في عقد واحد ، صراحة أو ضمناً ، في الانفراد بالعمل . فإذا باشر التصرف أحدهم صح عمله ، وامتنع على الباقي أن يباشروا نفس التصرف .

(ب) وإذا عين الوكلاء في عقود متفرقة ، فالقرينة تنعكس ويصبح

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تمدد الوكلاء جاز انفرادهم إذا كان توكيلهم يعقود متعده ، وإذا كان التوكيل يعقد واحد جاز الانفراد متى كان السبل الذي يباشره الوكيل عملاً يحتاج فيه إلى الرأي أو كان عمله في مصلحة الموكل (استئناف مصر أول أكتوبر سنة ١٩٤٦ المجلد ٢٨ رقم ١٧٥ ص ٥٦٨) .

(٢) ويبين من ذلك أن الأعمال التي لا يحتاج فيها إلى تبادل الرأي ليست ضرورة من أعمال الإدارة ، فهي كما تتضمن أعمال إدارة كالإيجار بالشروط المألوفة ، تتضمن كذلك أعمال تصرف كوفاء الدين والإبراء منه (أكرم أمين الخولي بقرة ١٧٠) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان التوكيل الصادر من الطاعن قد صدر لمدة معينة . فإنه يجوز انفراد أحدهم بالتقرير بالظن ، لأن قانون المرافعات قد خرج في الوكالة بالحسب من القاعدة العامة التي قررتها المادة ٧٠٧ من القانون المدني ، فنص في المادة ٨٥ من قانون المرافعات على أنه إذا تعدد الوكلاء جاز لأحدهم الانفراد بالعمل في القضية ما لم يكن ممنوعاً من ذلك بنص في التوكيل ، ولا محل لتخصيص عموم نص هذه المادة وقصره على السير في الدعوى بعد إقامتها (نقض ملف ٢٧ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣٠ ص ٢٣٠) .

من المفروض أنه يجوز لأي وكيل منهم أن يتفرد بالعمل . على أن هذه القرينة العكسية قابلة هي أيضاً لإثبات العكس ، ويجوز للموكل أن يشترط على الوكلاء اللذين عليهم في عقود متفرقة أن يعملوا مجتمعين . فلا يجوز عندئذ لأحد من الوكلاء أن يتفرد بالعمل ، وإذا فعل كان تصرفه باطلاً لانعدام الصفة ، مع ملاحظة أن الغير الذي يتعامل مع الوكيل يكون معلوماً إذا اعتقد أن الوكيل له صفة في التعاقد مادام يرى أن وكالته وحده ثابتة في عقد مستقل ، ويطلب أن تنطبق في هذه الحالة قواعد الوكالة الظاهرة^(١) .

٣٦٠ — **نظام الوكلاء في المسؤولية** : والأصل أنه إذا تعدد الوكلاء ، فإنهم لا يكونون متضامنين لافي التزامهم نحو الموكل باعتبارهم مدينين ، ولا التزامات الموكل نحوهم باعتبارهم دائنين . ذلك أن التزامات الوكلاء ، والتزامات الموكل ناشئة كلها من العقد ، ولا تضامن في الالتزامات العقدية إلا بنص في القانون .

ولم يرد أي نص في شأن التزامات الموكل نحو الوكلاء المتعددين ، فهو لا إذن لا يكونون متضامنين كدائنين للموكل ، بل ينقسم عليهم دين الموكل نحوهم .

أما في شأن التزامات الوكلاء المتعددين نحو الموكل ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٧ مدني كما رأينا على أنه « إذا تعدد الوكلاء ، كانوا مسئولين بالتضامن ، متى كانت الوكالة غير قابلة للتقسام ، أو كان الضرر الذي أصابه الموكل نتيجة خطأ مشترك » . ويؤخذ من ذلك أن الوكلاء في غير الحالات المذكورتين في النص لا يكونون متضامنين في المسؤولية ، رجوعاً إلى الأصل^(٢) .

(١) وفي المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد تلخيص لما قلناه في الببارات الآتية : « إذا تعدد الوكلاء في الأمر الواحد ، كان كل منهم مسئولاً عن التزاماته كوكيل . فيجب أن ينظر للوكالة ، ولا يصح أن يعمل الوكلاء إلا مجتمعين ماداموا قد عينوا في عقد واحد ولم ينص صراحة في العقد على انفراדם . أما إذا عينوا في عقود متفرقة ، أو في عقد واحد ونص صراحة على انفراדם ، جاز أن يتفرد كل منهم بتنفيذ الوكالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢١٢) .
(٢) أما في التفتين المدني الفرنسي (م ١٩٩٥) فالأصل — على خلاف القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم (يبدان ١٢ فقرة ١٣١٣) — أن الوكلاء يكونون غير متضامنين تطبيقاً لقواعد العامة في المسؤولية العقدية . ومع ذلك يكونون مسئولين بالتضامن (in solidum) إذا صدر منهم خطأ مشترك ، ويكونون مسئولين بالتضامن في المسائل التجارية أوعت وجود شرط —

أما في هاتين الحالتين فيكونون متضامنين في جميع التزاماتهم نحو الموكل ،
لا فحسب في تنفيذ الوكالة بالعناية الواجبة ، بل أيضاً في تقديم الحساب للموكل
وفي رد ما للموكل في أيديهم^(١) على النحو الذي ستفصله فيما يلي :

والحالتان التان يكون فيهما الوكلاء متضامنين في التزاماتهم هما :

أولاً - إذا كانت الوكالة غير قابلة للانقسام . ونقول المذكورة الإيضاحية
للمشروع التمهيدي في هذه الحالة ما يأتي : « مثال ذلك أن يوكل شخص وكيلين
في شراء منزل معين ، فلا يتصور في هذه الحالة أن ينفرد كل وكيل بالعمل
إذ أن صفقة البيع لا تنجزاً ، ويجب على الوكيلين أن يعملوا مجتمعين ، ويكونان
مسؤولين بالتضامن قبل الموكل في الالتزامات المتضمنة بالذكر^(٢) . ومن ثم
يكون الوكيلان مسؤولين بالتضامن عن تنفيذ الوكالة في حدودها ، وعن تقديم
حساب عنها للموكل ، وعن رد ما للموكل في أيديهما إليه . فلو أن الوكالة لم
تكن في شراء منزل بل في بيعه وفي قبض ثمنه ، وهذه أيضاً وكالة غير قابلة
للانقسام ، فباع المنزل الوكيلان معاً وسلم المشتري الثمن لأحدهما ، كان الوكيلان
مسؤولين معاً بالتضامن عن تسليم الثمن للموكل . وإذا كان الوكيل الذي تسلم
الثمن قد قبل أن يؤجل جزءاً منه ، وقد جاوز في ذلك حدود الوكالة لأن
الموكل قد اشترط أن يكون الثمن كله معجلاً ، فإن التأجيل لا ينفذ في حق
الموكل بمجاوزته حدود الوكالة ، ويلزم المشتري بتعجيل ما أجل من الثمن ،
ثم يرجع على الوكيل الذي قبل التأجيل بالتعويض دون أن يرجع على الوكيل
الأخر ودون أن يكون هذا الوكيل الآخر متضامناً مع الوكيل الأول .
ولو كان هذا الوكيل الأول لم يجاوز حدود الوكالة ولكن تصسف في تنفيذها ،
بأن كان الموكل لم يشترط تعجيل الثمن فأجل الوكيل الثمن ولكنه راعى في ذلك
مصلحة المشتري دون مصلحة الموكل لمصلحة تربطه بالمشتري ، فإن التأجيل
يسرى في حق الموكل لعدم مجاوزته حدود الوكالة ، ولكن الموكل يرجع على

= بذلك (بلازيون وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٨ والمراجع المشار إليهما - جدي وقال في الوكالة
فقرة ٦٥١ وما بعدها - أوبري ورو وإسان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٩ - ص ٢٢٠) .

(١) ويشترط بدها أن تثبت وكالة كل من الوكلاء المتضامنين حتى يكونوا متضامنين ،
فلذا لم تثبت وكالة أحدهم لم يكن مسؤولاً ، ومن باب أول لم يكن متضامناً مع الوكلاء الآخرين
(انظر في هذا المعنى نقض مفتي ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٠٦ ص ٣١٥) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٣١٣

«الوكيل بالتعويض لتعسفه في تنفيذ الوكالة ، ويرجع بالتعويض على هذا الوكيل وحده دون أن يكون الوكيل الآخر متضامناً معه . وفي هذا تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٧٠٧ ملغى فيما رأينا : « على أن الوكلاء ، ولو كانوا متضامنين ، لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزاً حدود الوكالة أو متعسفاً في تنفيذها » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « أما إذا انفرد أحدهم بمجاوزة حدود الوكالة أو بالتعسف في تنفيذها ، كأن خالف شروط البيع التي اشترطها الموكل ، أو ألزمها ولكن تعتمد إساءة العمل بها ، في حالة المجاوزة لحدود الوكالة يكون مسئولاً وحده لا بالتضامن مع غيره من الوكلاء ، قبل الغير الذي تعامل معه ، إذا كان الموكل قد رفض لإقرار عمل الوكيل (انظر م ٩٩١ من المشروع) . وفي حالة التعسف في تنفيذ الوكالة يكون مسئولاً أيضاً وحده ، لا بالتضامن مع غيره من الوكلاء ، قبل الموكل عن التعويض »^(١) .

ثانياً — إذا كانت الوكالة قابلة للتقسام ولكن الضرر الذي أصاب الموكل كان نتيجة خطأ مشترك من الوكلاء جميعاً . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذه الحالة ما يأتي : « أما إذا كانت الوكالة قابلة للتقسام كإدارة مزرعة ، فإن كل وكيل يكون مسئولاً وحده لا بالتضامن مع غيره من الوكلاء عن تنفيذ التزاماته ، سواء في ذلك عمل منفرداً بأن يختص في إدارة المزرعة بأعمال معينة ، أو عمل مع الوكلاء مجتمعين . ومع ذلك لو ارتكب الوكلاء في هذه الحالة خطأ مشتركاً دبروه فيما بينهم وترتب عليه الإضرار بمصلحة الموكل ، فإنهم يكونون مسئولين بالتضامن عن التعويض سواء اعتبرت المسؤولية تقصيرية أو تعاقدية »^(٢) . فلو أن وكيلين ، بديران مزرعة بالوكالة عن صاحبها ، يعملان مجتمعين ، فارتكبا معاً خطأ في تنفيذ الوكالة ، كأن اشترى سبهاً أو بئراً غير صالح ولم يبدلا العناية الواجبة في اختياره ، فإنهما يكونان مسئولين بالتضامن قبل الموكل . ويلاحظ هنا فيما يتعلق بما ورد في المذكرة الإيضاحية أمران : الأمر الأول أن المذكرة تقول : « سواء اعتبرت المسؤولية تقصيرية أو تعاقدية » ، ولا وجه لاعتبار المسؤولية هنا تقصيرية ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٢١٢ .

(٢) مجموعة الاحتمال التشريعية ، ص ٢١٢ — ص ٢١٤ .

فهي ليست إلا مسئولية تعاقدية ترتبت على عقد الوكالة . والأمر الثاني أن المذكرة الإيضاحية تقول : « ومع ذلك لو ارتكب الوكيل في هذه الحالة خطأ مشتركاً بدروه فيما بينهم » ، ويفهم من ذلك أن الخطأ المشترك يجب أن يكون مدبراً فيما بين الوكلاء . وقد كان هذا صحيحاً في المشروع . التمهيد لنص المادة ١/٧٠٧ مدني ، فقد كان يقول : « أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك دبر فيما بينهم » ، ولكن عبارة « دبر فيما بينهم » حذفت في لجنة المراجعة^(١) . وبعد هذا الحذف أصبح غير ضروري أن يكون الخطأ المشترك مدبراً فيما بين الوكلاء ، ويمكن أن يكون هناك مجرد تقصير منهم دون أن تكون هناك حاجة لأن يتعمدوا الخطأ ويدبروه فيما بينهم^(٢) .

« وفي غير هاتين الحالتين - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد^(٣) - لا يكون الوكلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم إلا إذا اشترط التضامن . فلا يكون الوكلاء متضامنين بغير شرط إذا انفرد أحدهم بتنفيذ الوكالة^(٤) ، سواء كانت الوكالة غير قابلة للتقسام أو قابلة له ، أو اشترك مع الباقي في تنفيذها ولكنه انفرد وحده بخطأ لم يشترك معه فيه سائر الوكلاء^(٥) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٩ - ص ٢١٠ - وانظر أيضاً فقرة ٢٥٧ في المايش .

(٢) أكرم أمين الخول فقرة ١٨٣ ص ٢٢٧ وهاش ٣ - وقارن محمد عل عرفة ص ٣٨٢ - وإذا كان الوكيلان متضامنين في المسؤولية عن خطأ أحدهما وهو وكيل مأجور ، لم يمنع التضامن ، وإذا كان الوكيل الآخر غير مأجور ، أن يكون خطأ الوكيل الأول وهو مأجور لا يعتبر خطأ بالنسبة إلى الوكيل الآخر نظراً لأنه غير مأجور . فإذا دفع الوكيل غير المأجور للموكل كل التعويض أو بعضه ، وجع بكل مادفمه على الوكيل المأجور (أكرم أمين الخول فقرة ١٨٣ ص ٢٢٩) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٤ .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا عهد لجلسة وكلاء إدارة أعيان ، فأجر أحدهم شيئاً منها ولم يسلمها ، جاز للمستأجر مقاضاة الوكيل الذي تعاقد معه دون الباقين ومطالبته بالتعويض (استئناف وطني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٥١ ص ١١٧) - (٥) كأن كان من الواجب أن يسلم الوكلاء مجتمعين ، وتختلف أحمدهم دون قدر مقبول ، وترتب على ذلك عدم إمكان تنفيذ الوكالة ، فإن الوكيل المتخلف يكون وحده هو المسؤول (جيوار فقرة ١١٨ - بودري وفال في الوكالة فقرة ٦٥٣ - أوبري ورو وإسبان فقرة ٤١٣ ص ٢٢٠ - محمد عل عرفة ص ٣٨٢) . أما إذا انفرد أحد الوكلاء بالخطأ ولكن التضامن كان مشتركاً بينهم ، فإن الجميع يكونون مسئولين بالتضامن من هذا الخطأ ، حتى لو قسم الوكلاء للعمل فيما بينهم -

٢٦١ - نائب الوكيل - نص قانوني : تنص المادة ٧٠٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - إذا أُناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة ، دون أن يكون مرخصاً له في ذلك ، كان مسؤولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية .
٢ - أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب ، فإن الوكيل لا يكون مسؤولاً إلا عن خطأه في اختيار نائبه ، أو عن خطأه فيما أصدره له من تعليمات .

٣ - ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر^(١) .

ويقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٦٣٦/٥٢٠^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

م ٦٧٤ - وفي التقنين المدني الليبي م ٧٠٨ - وفي التقنين المدني العراقي م ٩٣٩ -

= واختص كل منهم بأمر معين (محمد حل عرفة ص ٣٨٣ - أكرم أمين الخول فقرة ١٨٣ ص ٢٢٨) ، ويكون لسان الوكالة حق الرجوع على الوكيل الذي صدر منه الخطأ (أكرم أمين الخول فقرة ١٨٣ ص ٢٢٨) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٨٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٣٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢١١ - ص ٢١٥) .

(٢) التقنين المدني القديم م ٦٣٦/٥٢٠ : يجب أن يكون الإذن للوكيل بإثابة غيره عنه صريحاً في سند التوكيل . ويكون الوكيل مسئولاً عن النائب الذي لم يبيته الموكل إذا كان هذا النائب معصراً أو غير أهل أو مسهوراً بالإهمال . وفي جميع الأحوال نائب الوكيل مسئول مباشرة عنه الموكل .

(وتختلف أحكام التقنين المدني القديم عن أحكام التقنين المدني الجديد في مسألتين : (١) في التقنين المدني القديم لا يجوز للوكيل إقامة نائب عنه إلا بتفويض من الموكل ، أما في التقنين المدني الجديد فيجوز للوكيل إقامة نائب عنه ما لم يمنحه الموكل من ذلك . (٢) في التقنين المدني القديم للموكل دعوى مباشرة قبل نائب الوكيل ولكن نائب الوكيل ليست له دعوى مباشرة قبل الموكل ، أما في التقنين المدني الجديد فلكل من الاثنين دعوى مباشرة قبل الآخر - وتسرى أحكام التقنين المدني الجديد على عقود الوكالة التي تبرم منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) .

وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٨٢ - ٧٨٤ و م ٨١٧^(١) .
ويخلص من هذا النص أن الوكالة قد يقوم بتنفيذها ، لا الوكيل نفسه ،

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدق السوري م ٦٧٤ (مطابق) .

التقنين المدق الليبي م ٧٠٨ (مطابق) .

التقنين المدق العراقي م ٩٣٩ : ليس للوكيل أن يوكل غيره ، إلا أن يكون قد أدته الموكل في ذلك أو فوض الأمر لرايه . ويعتبر الوكيل الثاني وكيلاً عن الموكل ، فلا ينزل بمزل الوكيل الأول ولا بموته .

(والتقنين العراقي ، خلافاً للتقنين المصري ، لا يميز للوكيل أن يقيم نائباً عنه إلا بإذن الموكل . ولكنه ، متفقاً في ذلك مع التقنين المصري ، يقيم علاقة مباشرة بين الموكل ونائب الوكيل ، بل يذهب إلى أبعد من ذلك فيجعل نائب الوكيل وكيلاً عن الموكل مباشرة . ولا يتضمن التقنين العراقي نصاً في مسئولية الوكيل عن نائبه كالنص الوارد في التقنين المصري ، فتسرى القواعد العامة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٨٢ : لا يجوز للوكيل أن ينيب عنه شخصاً آخر في تنفيذ الوكالة إلا في الأحوال الآتية : أولاً - إذا كان الموكل قد خوله هذا الحق صراحة . ثانياً - إذا كان تنويله هذا الحق ناجماً عن ماهية السبل أو عن الظروف . ثالثاً - إذا كانت الوكالة عامة مطلقة . م ٧٨٣ : الوكيل الذي لا يملك التوكيل يكون مسئولاً عن ينيبه منابه كما يسأل عن أعمال نفسه . وإذا كان التوكيل مباحاً له ، فلا يكون مسئولاً إلا إذا اختار شخصاً لم تتوافر فيه الصفات المطلوبة للوكالة ، أو إذا كان ، مع إحسان الاختيار ، قد أعطى نائبه تعليمات كانت سبباً في الضرر ، أو أغفل السهر عليه عندما كانت تقتضيه الضرورة . م ٧٨٤ : في جميع الأحوال يكون نائب الوكيل مسئولاً لدى الموكل مباشرة كالوكيل نفسه ، وتكون له حقوق الوكيل نفسها .

م ٨١٧ : إن عزل الوكيل الأصل أو وفاته يؤديان إلى عزل من وكله ، فيما خلا الحائذين الآتين : أولاً - متى كان وكيل الوكيل ميمناً بترخيص من الموكل . ثانياً - متى كان الوكيل الأصل ذا سلطة مطلقة في التصرف أو كان له الحق في التوكيل .

(وأحكام التقنين اللبناني تختلف من أحكام التقنين المصري فيما يأتي : (١) في التقنين اللبناني لا يجوز للوكيل أن يقيم عنه نائباً إلا بإذن الوكيل أو إذا كانت الوكالة عامة مطلقة ، أما في التقنين المصري فيجوز للوكيل أن يقيم عنه نائباً ما لم يمنحه الموكل من ذلك . (٢) في التقنين اللبناني يكون الوكيل مسئولاً عن نائبه مسئولية عن نفسه إذا كان ممنوعاً عن إقامة النائب ، فإن رخص له الموكل في إقامة نائب عنه لم يكن مسئولاً إلا في أحوال معينة . أما في التقنين المصري فيكون الوكيل مسئولاً عن نائبه مسئولية عن نفسه إذا كان ممنوعاً عن إقامة النائب أو كان غير ممنوع ولكن الموكل لم يرخص له صراحة في ذلك ، فإذا رخص له لم يكن مسئولاً إلا في أحوال معينة . (٣) في التقنين اللبناني ليس لنائب الوكيل دعوى مباشرة قبل الموكل ، وله هذه الدعوى في التقنين المصري) .

بل شخص آخر ينيبه عنه الوكيل^(١) . وعندئذ تثار مسألة نبحهما على التعاقب : (١) علاقة الموكل بنائب الوكيل . (٢) مسئولية الوكيل عن نائبه .

٢٦٢ — **عوض الموكل بنائب الوكيل** : يفهم من الفقرة الأولى من المادة ٧٠٧ مدني سالفه الذكر أن الوكيل إذا أناب عنه غيره دون أن يكون مرخصاً له في ذلك ، كانت إنباته صحيحة ولكن يكون مسئولاً عن عمل النائب مسئولته عن عمله الشخصي ويكون متضامناً معه في المسئولية . فيستخلص من ذلك أن للوكيل أن ينبب عنه غيره دون حاجة إلى ترخيص من الموكل ، ومن باب أولى يكون له ذلك إذا رخص فيه الموكل^(٢) . فالوكيل إذن أن ينبب عنه غيره ، ما لم يمنعه الموكل من ذلك^(٣) . فإذا منعه ، وأناب الوكيل مع ذلك عنه غيره ، فإن الإنابة تكون باطلة . ومن ثم لا تكون لنائب الوكيل صفة في مباشرة التصرف القانوني محل الوكالة ، ويبقى الوكيل هو وحده المسئول عن تنفيذ الوكالة^(٤) ، وذلك ما لم يقر الموكل الإنابة بعد وقوعها فيكون لها عندئذ حكم الإنابة التي وقعت بترخيص من الموكل .

(١) وقد قلنا أنه يجب التمييز بين التوكيل على يياض حيث يوكل الموكل من دفع له التوكيل على يياض في اختيار وكيل أصل لا نائب وكيل ، وبين الإنابة في التوكيل حيث يوكل الموكل وكلاً أصلياً ثم يوكل الوكيل الأصل نائباً عنه هو لا نائباً عن الموكل كما يفعل في التوكيل على يياض (انظر آنفاً فقرة ٢٢٢) .

(٢) نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام التقص ١٢ رقم ٧٠ ص ٤٧٢ - وقد يكون الترخيص في الإنابة ضمناً ، فتوكيل غير الهائي في رفع دعوى يتضمن ترخيصاً له في إقامة دعوى ، وتوكيل غير السمسار في شراء أوراق مالية من البورصة يتضمن ترخيصاً له في إنابة أحد السماسرة (يون ١ فقرة ١٠٢٢ - جوار فقرة ١٢٤ - بودي وقال في الوكالة فقرة ٧٦ - أوبري دور وإسبان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢٢٠ حاشي ١٤ (٢) - بلانويول وديريو وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٩ - أكيم أمين الخول فقرة ١٨٤ ص ٢٣١) .

(٣) أكيم أمين الخول فقرة ١٧١ - وتنص المادة ٨٦ مرافعات على أنه « يجوز للوكيل أن ينبب غيره من المأميين إن لم يكن ممنوعاً من الإنابة صراحة في التوكيل » . وكذلك تنص المادة ٣٣ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على أن « المحامي ، سواء أكان خصياً أصلياً أم وكيلاً في دعوى ، أن ينبب عنه في الحضور أو في المرافعة أو في غير ذلك من إجراءات التقاضي محامياً آخر تحت مسئولته دون توكيل خاص ، ما لم يكن في التوكيل ما يمنع من ذلك » .

(٤) وقد يكون المنع من الإنابة ضمناً ، ويستخلص هذا المنع الضمني إذا كان الموكل قد نظر في الوكيل إلى اعتبار يتدر أن جولان في غيره (كولان وكابيتان ودو لامورالديير ٢ فقرة ١٣٥٥) .

ونفرض الآن أن الوكيل أناب عنه غيره إنابة صحيحة ، إما لأن الموكل رخص له في ذلك أو لم يمنعه منه ، وإما لأن الموكل أقر الإنابة بعد منحها . فعند ذلك تقوم علاقات مختلفة : علاقة بين الوكيل ونائبه ، وعلاقة بين الوكيل والموكل ، وعلاقة بين الموكل ونائب الوكيل .

فالعلاقة بين الوكيل ونائبه يحكمها عقد الإنابة الذي بموجبه أناب الوكيل نائبه ، وهو عقد وكالة من الباطن أصبح بموجبه نائب الوكيل وكيلاً عن الوكيل . وقد يوكل الوكيل نائبه في كل ما هو موكل فيه ، فيطابق مدى سعة عقد الإنابة مدى سعة عقد الوكالة الأصلية ، وقد يوكله في بعض ما هو موكل فيه . وفي الحالتين يكون نائب الوكيل ملتزماً نحو الوكيل بجميع ما يلتزم به الوكيل نحو موكله في حدود عقد الإنابة : تنفيذ الوكالة بالقدر الذي اتسعت له الإنابة مع بذل العناية الواجبة في تنفيذها بحسب ما تكون الإنابة مأجورة أو غير مأجورة ، وتقديم النائب حساباً للوكيل عن أعمال الإنابة ، ورد النائب ما بيده متعلقاً بهذه الأعمال إلى الوكيل^(١) . ويكون الوكيل ملتزماً نحو النائب بجميع ما يلتزم به الموكل نحو وكيله في حدود عقد الإنابة : دفع الأجر إذا كانت الإنابة مأجورة ، ورد المصروفات التي أنفقت في تنفيذ النيابة ، وتعويض النائب عما قد يلحقه من ضرر بسبب تنفيذ الإنابة^(٢) .

أما العلاقة بين الوكيل والموكل فتبقى محكومة بعقد الوكالة الأصلي ، ويكون الوكيل ملتزماً نحو الموكل بجميع الالتزامات التي تترتب في ذمة الوكيل

(١) جيوار فقرة ١٢٩ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٧٨ - ويبقى نائب الوكيل متقيداً بتعليمات الوكيل مادامت هذه التعليمات لا تتعارض مع تعليمات الموكل ، ويجوز للوكيل أن يزل نائبه (بودرى وقال في الوكالة فقرة ٩٠ - بلانويل وديبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٨) . وإذا عزل الوكيل نائبه أو تنسّى هذا من النيابة ، فإن الوكالة الأصلية تبقى قائمة . أما إذا عزل الموكل الوكيل الأصل أو تنسّى هذا عن الوكالة ، فإن الإنابة تنتهي بانتهاء الوكالة الأصلية (بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٩٠) . وإذا مات الموكل انتهت الوكالة الأصلية ، وانتهت تبعاً لها الإنابة (انظر ٨١٨ لبنان) ، أما إذا مات الوكيل الأصل فالتبّت بموكله الوكالة الأصلية ، فإن رأياً يلحظ إلى أن الإنابة تبقى بالرغم من انتهاء الوكالة الأصلية للعلاقة المباشرة القائمة بين الموكل ونائب الوكيل (بودرى وقال في الوكالة فقرة ٩١) . قارن م ٩٢٩ مئتي عراق وم ٨١٧ لبنان ألفاً فقرة ٢٦٠ في الحاشي .

(٢) ١ فقرة ١٠٨ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٥٧٩ - أوبري ورو وإسحاق .

موجب عقد الوكالة . كما يكون الموكل ملتزماً نحو الوكيل بجميع الالتزامات التي تترتب في ذمة الموكل بموجب نفس العقد .

وتبقى العلاقة بين الموكل ونائب الوكيل . وكان مقتضى تطبيق القواعد العامة ألا تكون هناك علاقة مباشرة بينهما ، ولا يملك الموكل أن يرجع على نائب الوكيل إلا بالدعوى غير المباشرة يستعملها باسم الوكيل ، وكذلك لا يملك نائب الوكيل أن يرجع على الموكل إلا بالدعوى غير المباشرة يستعملها هو أيضاً باسم الوكيل . ولكن الفقرة الثالثة من المادة ٧٠٧ مدني تقول كما رأينا : « ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر » . والحالتان السابقتان المشار إليهما هما حالة ما إذا أناب الوكيل غيره دون ترخيص من الموكل وحالة ما إذا أناب الغير بترخيص ، ويحلحق بهما حالة ما إذا أناب الوكيل الغير وأقر الموكل الإنابة بعد أن كان قد منعها . ففي جميع هذه الأحوال يجوز للموكل أن يرجع بدعوى مباشرة على نائب الوكيل يطالبه فيها بجميع التزاماته الناشئة من عقد الإنابة^(١) ، ولا شأن

(١) ويترتب على ذلك أن نائب الوكيل يكون مسئولاً قبل الموكل مباشرة عن أي خطأ يرتكبه في تنفيذ الوكالة (جيوار فقرة ١٢٧ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٨١ ص ٣٠٨) ، ولا يجوز لنائب الوكيل أن يمتنع على الموكل بمقاصة تقع بين التزاماته وبين ما له من حقوق قبل الوكيل الأصل (نقض فرنسي ٢٠ أبريل سنة ١٨٥٩ سيرة ٥٩ - ١ - ٢٩٨ - ٢٢ مارس سنة ١٨٧٥ سيرة ١-٧٥-٢٨-٣٠٢ أكتوبر سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعي ١٩٢٤-١٩٢٣ - جيوار فقرة ١٢٧ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٨١ ص ٣٠٨ - أوبري ورو وإسبان فقرة ٤١٣ ص ٢٢١ - ص ٢٢٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٩) . ولا يشارك دائن الوكيل الموكل في رجوع هذا مباشرة على نائب الوكيل (روان ١٣ أبريل سنة ١٨٧٠ سيرة ٧١-٢-١٧ - جيوار فقرة ١٢٦ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٨١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٩ هاش ٦) . ولا يمتنع نائب الوكيل على الموكل بحكم صادر من الوكيل حائز لقوة الأمر المقتضى (نقض فرنسي ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعي ١٩٢٤ - ١٩٢٣) . كما لا يمتنع عليه بتصديق الوكيل على الحساب المقدم من الإنابة (بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٨٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٧) . ويستثنى من ذلك ما إذا كان الموكل قد قرض للوكيل أن يصدق على الحساب نهائياً (فيصح نائب الوكيل بهذا التصديق على الموكل (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٧) . ويستثنى كذلك ما إذا جهل نائب الوكيل صفة الوكيل واعتقد أنه أصيل لا وكيل ، فيجوز في هذه الحالة لنائب الوكيل أن يمتنع على الموكل بتصديق الوكيل على الحساب ويصح للدعوى التي يمتنع أن يواجه بها الوكيل (نقض فرنسي ٢٢ فبراير سنة ١٨٧٤ دالوز -

لنائب الوكيل بقصد الوكالة الأصلية^(١) . وكذلك يجوز لنائب الوكيل أن يرجع بدعوى مباشرة على الموكل يطالبه فيها بالتزاماته نحو الوكيل الأصلي^(٢) ، ولكن في حدود التزامات الوكيل الأصلي نحو نائب الوكيل بموجب عقد الإنابة^(٣) .

= ٧٤ - ١ - ٣٨٩ - باريس ١٧ أكتوبر سنة ١٩٣٤ جازيت دي پاليه ١٩٣٤ - ٢ - ٧٨١ - بودى وقال في الوكالة فقرة ٥٨١ ص ٣٠٨ وقرة ٥٨٢ وقرة ٥٨٥ - بلانيول وريير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٧) .

ويخلص من ذلك أن نائب الوكيل ، إذا كان يعلم أن موكله ليس إلا وكلاء عن موكل آخر ، لا يجوز له أن يقدم الحساب إلا للموكل ، فإذا قسّمه الوكيل لم يكن هذا حجة على الموكل كما قلنا (بودى وقال في الوكالة فقرة ٥٨٥ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٢٠) .

(١) ليون ٧ ديسمبر سنة ١٨٥٩ دالوز ٦٠ - ٢ - ٨ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٢٠ - ولكن إذا كان نائب الوكيل يجهل الإنابة ويعتقد بحسن نية أن الوكيل هو أصيل وكله عنه في عمل يخصه شخصياً ، فإن الموكل لا يرجع مباشرة على نائب الوكيل (نقض فرنسي ٢٠ أبريل سنة ١٨٥٩ سيرييه ٥٩ - ١ - ٢٩٨ - ٢٣ فبراير سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٤ - ١ - ٣٨٩ - يديان ١٢ فقرة ٣١١ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢١٧) -

(٢) وفي فرنسا لا يوجد نص يعطى لنائب الوكيل دعوى مباشرة قبل الموكل ، فلا يرجع إلا بالدعوى غير المباشرة باسم الوكيل (بلانيول وريير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٧) . ولكن يذهب كثير من الفقهاء إلى إعطاء نائب الوكيل دعوى مباشرة قبل الموكل لتقابل دعوى الموكل قبل نائب الوكيل (جوار فقرة ١٢٨ - بودى وقال في الوكالة فقرة ٥٨٧ ص ٣١٠ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢٢٢ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٢٢) .

ويذهب الأستاذ أكّم أمين التحول إلى أن العلاقة المباشرة بين الموكل ونائب الوكيل لا تتضمن حالة من حالات الدعوى المباشرة بالمضى الدقيق لهذا التعبير ، وأن الصحيح هو أن هناك رابطة مباشرة أصلية بين الموكل ونائب الوكيل ، لا مجرد دعوى مباشرة . لا شأن لهذه الرابطة المباشرة بفكرة الدعوى المباشرة ، بل هي نتيجة طبيعية لما يترتب به القانون من أن الوكيل يستطيع - ما لم يمنع من ذلك صراحة - أن ينقل سلطته في العمل لحساب الموكل إلى شخص آخر . لا يمتنع هذا الجواز إلا أن النائب يصير بدوره وكلاء عن الموكل . . (أكّم أمين التحول فقرة ١٨٥ ص ٢٣٢) . ومقتضى هذا الرأي أن الوكيل يحتج فلا يكون له علاقة بنائبه فيما أنابه فيه ، وفي هذا إنغفال لعقد الإنابة وما يترتب عليه من سقوط والتزامات في العلاقة ما بين الوكيل ونائبه .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : « ويجوز للوكيل أن ينيب عنه غيره في تنفيذ الوكالة إلا إذا اشترط الموكل منعه من ذلك ، وهذا بخلاف التفويض الخالي (القديم) م ٢٣١/٥٢٠ حيث يشترط في جواز الإنابة الترخيص الصريح . فإذا أناب عنه غيره ، كان النائب مسئولاً من جميع الالتزامات التي تقع على الوكيل ، لا قبل الوكيل وحده ، بل قبله وقبل المرحوم . وبطريق مباشر . فيستطيع الموكل أن يرجع بدعوى مباشرة على النائب ، كما يرجع النائب -

٢٦٣ - مسؤولية الوكيل عن نائبه : الأصل أن الوكيل مسئول عن نائبه تجاه الموكل . ومسئوليته في ذلك هي مسؤولية عقدية عن الغير وقد توافرت وطها . فهناك عقد الوكالة الأصلي الوكيل فيه مدين للموكل بتنفيذ الوكالة ، ند استخدم الوكيل في تنفيذ هذا الالتزام العقدى نائبه إذ كلفه بموجب عقد الإنابة بتنفيذ الالتزام . فالمستول هو الوكيل ، والمضروب هو الموكل ، وقد قام بينهما عقد صحيح هو عقد الوكالة الأصلي . والغير هو نائب الوكيل ، وقد كلف اتفاقاً بتنفيذ التزام الوكيل العقدى^(١) . فإذا ارتكب نائب الوكيل خطأ في تنفيذ الوكالة تحققت مسئوليته العقدية تجاه الوكيل ، وتحققت مسؤولية الوكيل العقدية عن نائبه تجاه الموكل ، وأمكن أيضاً للموكل أن يرجع مباشرة على نائب الوكيل كما قلنا . فيكون للموكل ، إذا ارتكب نائب الوكيل خطأ ، مدينان : الوكيل بموجب المسؤولية العقدية عن الغير ، ونائب الوكيل بموجب الدعوى المباشرة . والأصل أن الوكيل ونائبه لا يكونان مسئولين تجاه الموكل بالتضامن لتعدد المصدر بالرغم من وحدة المحل ، وإنما يكونان مسئولين بالتضامن (in solidum)^(٢) .

هذا هو مقتضى تطبيق القواعد العامة في مسؤولية الوكيل عن نائبه ؛ ولكن الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٧٠٨ مدنى خورتا في هذه القواعد ، فقد ميزت هذه النصوص بين حالتين :

الحالة الأولى - حالة ما إذا لم يكن مرخصاً للوكيل في إنابة غيره : تقول الفقرة الأولى من المادة ٧٠٨ مدنى في هذا الصدد : « إذا أُناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك ، كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه

- عمل الموكل بالدعوى المباشرة كذلك . ولم ينص التقنين الحالي (القديم) ٣٦٧/٢٥٠ م على الرجوع المباشر للنائب على الموكل (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢١٤) .
وإذا استعان الوكيل في عمله بشخص آخر دون أن يركله ، كما إذا استعان بمحام للفصل مستندات ، فإن هذا الشخص الآخر لا يكون نائب وكيلا ، ولا يعلج الموكل أن يرجع عليه مباشرة (استئناف غطط ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠٠ ص ٤٥) .

(١) انظر الوسيط ١ فقرة ٤٢١ - فقرة ٤٣٢ .

(٢) انظر الوسيط ٣ فقرة ١٧٦ - فقرة ١٧٧ .

في هذه الحالة متضامين في المسؤولية . ويقين من هذا النص أن قواعد المسؤولية العقدية عن الغير قد طبقت في الحالة الأولى التي نحن بصددھا ، وذلك باستثناء واحد هو أن الوكيل ونائبه يكونان مسئولين تجاه الموكل ، لا بالتضام كما هو مقتضى تطبيق القواعد العامة في المسؤولية العقدية عن الغير ، بل بالتضامن كما يقضى صريح النص . ويعتبر الخطأ الصادر من نائب الوكيل كأنه صادر من الوكيل نفسه^(١) ، ويكون هذا مسئولاً عنه بمعيار المسؤولية الذي ينطبق عليه هو لمعيار المسؤولية الذي ينطبق على نائب الوكيل . فإذا كان الوكيل مأجوراً ونائب الوكيل غير مأجور ، وبذل نائب الوكيل في تنفيذ الإجابة عنايته الشخصية وكانت هذه العناية دون عناية الشخص المعتاد ، كان نائب الوكيل غير مسئول لأنه بذل العناية الواجبة عليه إذ هو غير مأجور ، وكان الوكيل مسئولاً إذ العناية المطلوبة منه هي عناية الشخص المعتاد لأنه مأجور . أما إذا كان الوكيل غير مأجور ، وكان نائبه مأجوراً ، لم يكن الوكيل مسئولاً تجاه الموكل إلا عن عنايته الشخصية إذا كانت أدنى من عناية الشخص المعتاد لأنه غير مأجور ، فإذا نزل نائب الوكيل عن عناية الشخص المعتاد دون أن ينزل عن عناية الوكيل الشخصية فإنه يكون مسئولاً تجاه الوكيل لأنه مأجور ، ولكن الوكيل لا يكون مسئولاً تجاه الموكل لأن العناية التي بذلت هي العناية الواجبة على الوكيل^(٢) . ومع ذلك يرجع الموكل على نائب الوكيل بالدعوى المباشرة مادامت مسؤولية نائب الوكيل تجاه الموكل قد تحققت ، إذ نزل الأول وهو مأجور عن عناية الشخص المعتاد^(٣) .

الحالة الثانية - حالة ما إذا كان مرخصاً للوكيل في إنباته غيره : تقول

(١) استئناف مخطط ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٣٠ .

(٢) انظر في هذا المعنى أحكام أمين الخول فقرة ١٨٤ ص ٢٣٠ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد : « ين تحديد مسؤولية الوكيل من قبله . وحاجب التفريق بين ما إذا كانت الإنبات لم ينص عليها أو كان مرعياً فيها . في الحالة الأولى يكون الوكيل مسئولاً عن خطأ نائبه مسؤولية للتبوع عن التابع (اقرأ مسؤولية عقدية عن الغير) . فإذا ارتكب النائب خطأ ، جاز للموكل أن يرجع بالتبويض على أي من الوكيل أو نائبه بدعوى مباشرة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢١٤) .

ولا يكون نائب الوكيل مسئولاً عن القوة القاهرة ، وكذلك لا يكون الوكيل (بمدرى وقال في الوكالة فقرة ٥٧٠) .

الفقرة الثانية من المادة ٧٠٨ مدني في هذا الصدد : « أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب ، فإن الوكيل لا يكون مسئولاً إلا عن خطأه في اختيار نائبه ، أو عن خطأه فيما أصدره له من تعليمات » .
 فبمقتضى هذا النص بين فرضين : الترخيص للوكيل في الإنابة دون تعيين شخص النائب ، والترخيص له في إنابة شخص بعينه . ففي الفرض الأول أعفى النص الوكيل من المسؤولية العقدية عن عمل النائب ، ولم يجعله مسئولاً إلا عن خطأه الشخصي إما في اختيار النائب وإما في توجيهه وفيما أصدره له من تعليمات .
 فإذا أخطأ الوكيل في اختيار النائب ، كأن اختاره معسراً أو مشهوراً بالإهمال أو عدم الأمانة أو غير كفاء للمهمة الموكولة إليه ، سواء وجد ذلك وقت الاختيار أو جدد بعد ذلك لأن الوكيل ملتزم بمراقبة نائبه^(١) ، كان هناك خطأ شخصي من الوكيل وكان مسئولاً عنه تجاه الموكل بموجب عقد الوكالة الأصل^(٢) . وكذلك الحكم لو أن الوكيل وجه نائبه توجهاً خاطئاً وأصدر له تعليمات لا تتفق مع الواجب في تنفيذ الوكالة^(٣) ، فإن الوكيل يكون مسئولاً عن خطأه الشخصي تجاه الموكل^(٤) . ولا يكون هناك تضامن بين الوكيل ونائبه ، لأن مسؤولية الوكيل قائمة على خطأه الشخصي لا على المسؤولية العقدية عن الغير^(٥) . فإذا أحسن الوكيل اختيار نائبه ولم يصدر له تعليمات خاطئة ، وارتكب نائب الوكيل خطأ في تنفيذ الوكالة ، كان نائب الوكيل وحده هو المسئول تجاه الوكيل بموجب عقد الإنابة ، وكان مسئولاً أيضاً تجاه الموكل بموجب الدعوى المباشرة ، ولكن الوكيل لا يكون مسئولاً عن نائبه تجاه الموكل مسؤولية عقدية

(١) بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٧٥ - أوبري ور وإيمان ٦ فقرة ١١٣ ص ٢٢١ - محمد حل حرفة ص ٣٨٧ - أكرم أمين المحل فقرة ١٨٤ ص ٢٣١ .

(٢) استئناف غنط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١١٥ .

(٣) أو أصدر له تعليمات ناقصة ، أو لم يصدر تعليمات حيث كان ينبغي أن يصدرها

(ج) جوار فقرة ١٢٣ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٧٥ ص ٣٠٤ .

(٤) ومع ذلك فقد قضى بأنه وإن كان نص المادة ٥٢٠ مدني (قديم) يحمل الوكيل مسئولاً عن النائب الذي لم يعينه الموكل إذا كان هذا النائب معسراً ، فإن طبيعة بعض الالتزامات قد لا تسمح باختيار شخص ملء ، وتكون الإنابة في هذه الحالة محصورة في فئة يفترض فيها عدم البسار ، ومن ثم فإنه لا مسؤولية على الوكيل في مثل هذه الأحوال إذا كان النائب معسراً (ميت عمر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٥ الحامدة ١٥ رقم ٣٤١ ص ٤٠٩) .

(٥) أكرم أمين المحل فقرة ١٨٤ ص ٢٣١ .

عن التفرقة أعفاه نص القانون من هذه المسئولية مادام مرخصاً له في إنابة غيره^(١). يبقى القرض الثاني ، وفيه يكون الوكيل مرخصاً له في إنابة شخص بعينه . ولم تعرض الفقرة الثانية من المادة ٧٠٨ مدني مباشرة لهذا القرض ، ولكن المفهوم من النص أن الوكيل لا يكون مسئولاً عن اختيار نائبه ، إذ أن الموكل قد وافق على هذا الاختيار ورخص فيه . ومن ثم لا يكون الوكيل مسئولاً في القرض الثاني إلا عن خطأه الشخصي فيما أصدر له من تعليمات . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تأكيداً لهذا المعنى : « أما إن عين الموكل للوكيل شخصاً نائباً ، فلا يكون الوكيل مسئولاً إلا عن خطأه فيما أصدر له من تعليمات »^(٢).

ولم يعرض نص القانون لحالة ثالثة ، هي حالة ما إذا كان الوكيل ممنوعاً عن إنابة غيره . ولاصحة فيما إذا أناب الوكيل غيره بالرغم من هذا المنع ولم يقر الموكل الإنابة . ففي هذا القرض لا يكون للنائب صفة في التعاقد مع الغير ، ومن ثم لا يسرى هذا التعاقد في حق الموكل ، فلا يكون هناك مجال لمسئولية الوكيل عن نائبه^(٣) . أما إذا أقر الموكل الإنابة بعد أن كان قد منعها ،

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وفي الحالة الثانية ، إذا رخص الموكل الوكيل أن يقوم عنه نائباً ، فإن لم يعين له شخص النائب ، فإن الوكيل يكون مسئولاً عن خطأه في اختيار نائبه أو خطأه فيما أصدر له من التعليمات . فإن كان لم يقتصر في حيز اختيار النائب ولم يرتكب خطأ في التعليمات التي أصدرها له ، فلا يكون مسئولاً عن خطأه ، ويرجع الموكل على النائب بالتعويض بطريق الدعوى المباشرة (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢١٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢١٤ - ويصح القول بأن الوكيل يكون مسئولاً أيضاً عن النائب إذا أهمل في رقابته وفي توجيهه ، فإن هذا الإهمال يمد خطأ شخصياً في جانب الوكيل فيكون مسئولاً عنه (عهد على حرفة ص ٣٨٨ - أكرم أمين المحل فقرة ١٨٤ ص ٢٣١) .

(٣) انظر في هذا المعنى أكرم أمين المحل فقرة ١٨٤ ص ٢٣١ - على أن هناك ظروفًا يمكن أن يصيب فيها الموكل ضرر بفعل نائب الوكيل . مثل ذلك أن يقدم الموكل مبلغاً للوكيل لصرفه في شؤون الوكالة ويمتنع من إنابة غيره ، فيخالف الوكيل هذا المنع وينيب عنه غيره . ويسلمه المبلغ الذي تسلمه من الموكل ، فيعده نائب الوكيل أو يضيفه بتقصيره . ففي هذا القرض يكون الوكيل مسئولاً دون شك ، وتقوم مسئوليته على خطأه الشخصي في إنابته غيره . وهو ممنوع من ذلك . ويبقى هذا الخطأ الشخصي قائماً بين الوكيل مسئولاً ، حتى لو ضاع المبلغ من نائب الوكيل بقوة القاهرة (جيوار فقرة ١٢٥) ، ما لم يثبت أن المبلغ كان يضيح حتى لو بين في يد الوكيل (بودري وقال في الوكالة فقرة ٥٧٧ - محمد على حرفة ص ٣٨٥) .

فالظاهر أنه يكون في حكم من رخص للوكيل في إنبابة شخص بعينه إذ أنه لم يقر الإنابة إلا بعد أن عرف شخص النائب ، وتسرى الأحكام التي قررتهاها خيا إذا كان الوكيل مرخصا له في إنبابة شخص بعينه .

المطلب الثاني

تقديم حساب عن الوكالة

٢٦٤ - نص قانوني : تنص المادة ٧٠٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

« على الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة ، وأن يقدم له حساباً عنها » (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٦٤٥/٥٢٥ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

م ٦٧١ - وفي التقنين المدني الليبي م ٧٠٥ - وفي التقنين المدني العراقي م ٩٣٦ -

وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٨٨ - ٧٨٩/٣٦١ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٨٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : ١ - على الوكيل في كل وقت أن يطلع الموكل على الحالة التي وصل إليها في تنفيذ الوكالة ، وأن يقدم له حساباً عنها بعد انتقائها . ٢ - وعليه أن يرد الموكل كل ماكبسه لحسابه بتنفيذ الوكالة ، حتى لو كان يعمل باسمه . وعليه ، بوجه خاص ، أن ينقل الموكل ماكبسه من حقوق وهو يعمل باسمه لحساب الموكل . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة لثانية « لعدم ضرورتها » ، وعدلت الفقرة الأولى تمديداً لفظياً ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٧٣٧ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٧٣٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٠٣ - ص ٢٠٥) .

(٢) التقنين المدني القديم م ٦٤٥/٥٢٥ : وعليه تقديم حساب إدارة عمله وحساب المبالغ التي قبضها على ذمة موكله .

(وأحكام التقنين المدني القديم تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٧١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٠٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٣٦ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٨٨ : يلزم الوكيل على أثر إتمامه الوكالة أن يبادر -

ونخلص من هذا النص أن الوكيل يلتزم بموافاة الموكل في أثناء تنفيذ الوكالة بالمعلومات الضرورية التي يقف منها على سير التنفيذ ، وأن يقدم للموكل بعد انتهاء تنفيذ الوكالة حساباً عن ذلك . فنبعث مسائل ثلاثاً : (١) موافاة الموكل بالمعلومات الضرورية . (٢) كيفية تقديم الحساب عن الوكالة بعد تنفيذها . (٣) الأحوال التي يعنى الوكيل فيها من تقديم الحساب .

٣٦٤ - موافاة الموكل بالمعلومات الضرورية : لما كان تنفيذ الوكالة قد يستغرق وقتاً غير قصير ، لذلك يجب على الوكيل ألا يقطع صلته بالموكل في أثناء تنفيذ الوكالة ، وأن يطلعه ، من تلقاء نفسه أو إذا طلب منه الموكل ذلك ، على الخطوات الهامة التي يتخذها لتنفيذ الوكالة .

فإذا كان يدير مزرعة للموكل مثلاً ، وجب عليه أن يخطر به بالمساحات التي يؤجرها للغير ومقدار الأجرة وأهم شروط الإيجار ، وبالمساحات التي يزرعها على النمة وبما يشتري من بنور وسياد وآلات زراعية ونحو ذلك . فيقف الموكل بذلك على سير الإدارة ، ويستطيع توجيه الوكيل إذا رأى ضرورة للتوجيه . وإذا كان موكلاً في بيع أو شراء أو إيجار أو استئجار أو قرض أو اقتراض ، وجب عليه أن يخطر الموكل بالخطوات الهامة التي يقطعها في سبيل إنجاز الصفقة ، حتى يكون الموكل على بينة من الأمر فلا يتصرف تصرفاً يتعارض مع تصرف الوكيل ، كأن يشتري بنفسه أو يقترض ما كلف الوكيل بشرائه أو باقتراضه . وإذا كان موكلاً في صلح ، وجب عليه أن يطلع الموكل على سير المفاوضات في الصلح ، حتى يستطيع هذا أن يدرك ما يعتزم الوكيل توضيحه لإتمام الصلح ، فقد يرى أنها تضحية كبيرة لا يرضاهها فيمنعه من المضي في الصلح على هذه الشروط . وإذا قبض الوكيل مبالغ الحساب الموكل ، وجب عليه أن يخطر بما قبض ، فلعل الموكل يرى أن تستغل هذه

— إلى إعلام الموكل بلوجه يمكنه من الوقوف التام على كيفية إتمامها . وإذا تأخر الموكل من الجواب بعد استلام البلاغ أكثر مما تقتضيه ماعية السبل أو المادة المرمية ، عد موافاً على ما أجراه الوكيل حتى لو كان متجاوزاً حدود سلطه . م ٧٨٩ / ١ : يجب على الوكيل أن يقدم للموكل ، عند طلبه في كل وقت ، بياناً من إدارته ، وأن يسلم إليه كل ما دخل عليه من طريق الوكالة بأي وجه من الوجوه .

(وأحكام الفئتين البتان تنطبق مع أحكام الفئتين الأولى) .

المبالغ في وجوه يعينها . وإذا قبض الوكيل ديناً للموكل ، وجب عليه إخطاره بذلك ، حتى لا يتخذ الوكيل إجراءات ضد مدينه بعد أن يكون هذا قد وقي بالدين^(١) . وإذا واجه الوكيل صعوبات في تنفيذ الوكالة ، وجب عليه أن يحظر الموكل بها ليتلقى منه تعليمات بشأنها^(٢) .

٣٦٦ - كيفية تقديم الحساب عن الوكالة بعد تنفيذها : فإذا ما أتم الوكيل تنفيذ الوكالة ، وجب عليه أن يقدم حساباً عنها للموكل . ويجب أن يكون حساباً مفصلاً ، شاملاً لجميع أعمال الوكالة ومدعماً بالمستندات ، حتى يتمكن الموكل من أن يستوثق من سلامة تصرفات الوكيل^(٣) . وإذا تعدد الوكلاء قدموا حساباً واحداً ، إلا إذا كانت أعمال الوكالة مجزأة عليهم فكل وكيل يقدم حساباً مستقلاً عن أعمال وكالته^(٤) . وإذا وجب على الوكلاء أن

(١) نقض فرنسي ٣٠ أكتوبر سنة ١٨٩٣ سيرة ٩٤ - ١ - ٣٢٦ .

(٢) تانسي ٢٤ فبراير سنة ١٨٦٩ دالوز ٩٩ - ٢ - ١٩٦ - ٢٦ فبراير سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٢ - ٢ - ٤١ - وإذا غير الوكيل ، عند تجديد لقيده زمن ، المهل المختار للدائن موكله ، وجب عليه أن يحظره بذلك (نقض فرنسي ١٣ ديسمبر سنة ١٨٨١ دالوز ٨٢ - ١ - ٢٢٢ - بلاتول وريير وسافتييه ١١ فقرة ١٤٦٧) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لكي يؤخذ من وقع على كشف حساب بإقراره ، يجب أن يثبت أنه كان عالماً بتفاصيل الحساب ، فإذا كان التوقيع على ورقة جملة ذكر بها أن رصيد الحساب السابق مبلغ معين ، فليس في هذا ما يدل على أن الموقع كان ملماً بالحسابات السابقة على إثبات هذا الرصيد (نقض مثلاً ٢١ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣١ ص ٢٤١) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يجب للموكل على قبول حساب الوكيل ، إلا إذا كان ذلك الحساب مصحوباً بمستندات (استئناف وطني ٢٧ مارس سنة ١٨٩٣ المحقوق ٨ ص ١٢٣) . وقضت أيضاً بأن الخالصة الجملة الملمة التي لا يبين فيها الإيراد والمصرف لا تمنع الموكل من مطالبة وكيله بالحساب ، ولا يعتبر التخالص في هذه الحالة تنازلاً عن حق أو إبراء من دين (استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٢٨ الحاماة ٨ رقم ٤٨٠ ص ٧٨٨) . وقضت محكمة مصر الوطنية بأنه مهما يكن من خلاف حول ملكية الأوراق والأوراق التي يجردها الوكيل في أثناء قيامه بإدارة أعمال موكله وما إذا كان الموكل أن يدعى ملكية هذه الأوراق ، فإنه لا نزاع في أن التفتيش في أثناء طرح النزاع بين الطرفين أمامه حول أعمال الوكيل في أثناء إدارته أن يلزم بتقديم هذه الأوراق والأوراق لبحثها على اعتبار أنها على الأقل ملوكة للطرفين ، الموكل والوكيل ، بالاشتراك بينهما (مصر الوطنية ١٧ مايو سنة ١٩٣٧ الحاماة ١٨ رقم ١٥٧ ص ٥٠٤) .

(٤) بلاتول وريير وسافتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص ٩١٧ .

يقدموا حساباً واحداً ، كانوا متضامنين في التزامهم بتقديمه^(١) .
والحساب الذي يقدمه الوكيل يدرج فيه ما للموكل وما عليه . مثل ذلك أن يكون للموكل مبالغ قبضها الوكيل ثمن ما باعه أو أجره أو وفاء الحق للموكل في ذمة الغير ، ومبالغ هي فوائد للمبالغ التي استغلها الوكيل لحساب الموكل ، وأعيان للموكل كانت مودعة عند الغير واستردها الوكيل ، وأوراق مالية اشترها الوكيل لحساب الموكل ، وأن يكون على الموكل المصروفات التي أنفقها الوكيل في السفر الذي اقتضاه تنفيذ الوكالة ، وأجرة نقل الأشياء والتأمين عليها ، والضرائب والرسوم التي دفعت ، والسمسرة التي أعطاها الوكيل للوسيط في الصفقة ، والفن الذي اشترى به الأوراق المالية أو غيرها من الأشياء لحساب الموكل ، والأجر الذي اتفق عليه مع الموكل^(٢) . فيلزم للموكل كل هذا في حساب واحد لا يتجزأ ، مكون من أصول وخصوم ، والرصيد بعد استئزال الخصوم من الأصول هو الذي يجب الوفاء به للموكل^(٣) ، كما هو الأمر في الحساب الجاري ، وتنفى ذاتية هذه المبالغ وهي مدرجة في الحساب ، فلا تكون حقوقاً أودبونا مستقلة بعضها عن بعض ، ولا ينتج أي منها فوائد مستقلة ، بل الذي ينتج الفوائد هو رصيد الحساب^(٤) . ولا تقع

(١) ولم يجد القانون مبعاداً لتقديم الحساب ، فيجب تقديمه في أقرب وقت ممكن عقب انتهاء الوكالة ، وإذا تأخر الوكيل في تقديمه وأخل به الموكل ، انقطع سريان فوائد المصروفات التي أنفقها الوكيل في تنفيذ الوكالة ، ولم يميز للوكيل أن يوقع حيزاً بموجب الرصيد الذي له في الحساب قبل أن يقدمه للموكل (أنيكلويني دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٢٦) . وقد يترأس طلب تقديم الحساب للعلاقة التي تقوم بين الوكيل والموكل . وقد قضى بأنه إذا ادعت زوجة على ورثة زوجها بأنه كان وكيلها في إدارة أموالها ، وأنه استغل بعض هذه الأموال في شراء عقارات باسمه ، فليس لها في هذه الحالة سوى المطالبة أولاً بتقديم الحساب عن إدارته لأموالها من تاريخ وركائله ، فإذا ظهر شيء في ذمته كانت التركة مدينة بهذه المبالغ التي تظهر ، كما هي خاصة لفوائدها من تاريخ الاستعمال ، وتصبح هي دائنة كباقي الدائنين في استيفاء أموالها من التركة (الإسكندرية الوطنية ٢١ يناير سنة ١٩٣٠ الحاماة ١٠ رقم ٣٧٣ ص ٧٥٢) .

(٢) وإذا وكل شخص في بيع أوراق التسيب ، فيجب منه في الأوراق التي لم يتمكن من بيعها ورقة كتبته إحدى الجوانب ، وجب عليه أن يؤدي للموكل حساباً عن هذه الجائزة ، ولا يجوز له أن يحتفظ بها لنفسه حتى لو عرض دفع ثمن الورقة (نقض فرنسي ١٧ فبراير سنة ١٩١٣ ص ١٩١٣ - ١ - ٣٥٨ - كولان وكايتان دى لاموراندبير فقرة ٢١٣٦ ص ٨٧١) .

(٣) استئناف مخطط ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٥ .

(٤) نقض فرنسي ١٨ مارس سنة ١٨٨٩ دالوز ٦٩ - ١ - ٣٠٨ .

المقاصة بين مبلغ وآخر على وجه الاستقلال ، بل تقع بين مجموع الأصول ومجموع الخصوم لأن الحساب لا يتجزأ كما سبق القول . فإذا أفلس الموكل أو الوكيل ، لم يكن للطرف الآخر أن يحتج بامتناع المقاصة في مبلغ معين بسبب الإفلاس^(١) .

٣٦٧- الأموال التي يقضى الوكيل فيها من تقديم الحساب : ويعني الوكيل من تقديم الحساب إذا كانت طبيعة المعاملة أو الظروف أو الاتفاق يقضى بذلك . فتقضى طبيعة المعاملة بعدم تقديم حساب ، إذا كان التصرف محل الوكالة لا يحتمل تقديم حساب عنه . فإذا وكل شخص شخصاً آخر في الإقرار عنه بدين ، فأقضى الوكيل الإقرار ، لم يكن هناك محل لتقديم حساب عن هذه الوكالة . والوكالة في بيع شيء معين بشئ معين دون قبض ثمنه ، والوكالة في الزواج أو في الطلاق أو في الإقرار بالبنوة ، كل هذه وكالات لا يحتمل تقديم حساب عنها^(٢) .

وقد تقضى الظروف بالإحفاء من تقديم حساب عن الوكالة ، ويرجع ذلك غالباً إلى الصلة ما بين الموكل والوكيل . فإذا كانت هذه الصلة تقضى من الموكل رقابة يومية فعالة على أعمال الوكيل ، كما إذا كان الوكيل مستخدماً عند الموكل أو خادماً أو وكيلاً أعمالاً أو محصلاً للإيجارات أو لحقوق أخرى ، فإن الحساب يعتبر مقدماً فضلاً عن كل عمل بمجرد إنجازه وذلك بحكم هذه الصلة^(٣) . وإذا كانت الصلة صلة زوجية أو قرابية ، فقد يفهم منها أن الموكل قد أضحى الوكيل من تقديم الحساب . فالزوجية تعني الزوجة من تقديم حساب عن وكالتها في الشؤون المنزلية^(٤) . كذلك إذا أدار الزوج مالا لزوجته ، أو

(١) نقض فرنسي ١٦ مارس سنة ١٨٩٢ دالوز ١٢-١-٢٣٢-٢٦ يناير سنة ١٩٤٩ سيرة

٤٩-١-١٠ - وانظر في كل ذلك بلانيوك وديبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص ٩١٥ .

(٢) أكّم أمين المحل فقرة ١٨٦ ص ٢٣٤ .

(٣) استئناف وطني ٢٤ مارس سنة ١٩٠٣ الاستقلال ٤ ص ٥٧٤ - استئناف مخطط

٨ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ١٨ - جيوار فقرة ١٣٢ - بودري وفال في الوكالة فقرة ٦٧٢-٦٧٣

بلانيوك وديبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص ٩١٥ .

(٤) روان ٣ مايو سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعي ١٩٢٤ - ٥٣٣ - بلانيوك وديبير

وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص ٩١٦ .

الزوجين وعلى أن الثقة فيما بينهما مفقودة^(١). وقد تقوم الثقة بين الأتاب والأصهار، كالأب وولده^(٢)، والأب وزوج بنته، والأخوين، بحيث تعفى من تقديم الحساب^(٣).

وقد يتفق الموكل مع الوكيل على عدم تقديم حساب، فيكون الاتفاق صحيحاً^(٤). وقد يكون هذا الاتفاق ضمنياً، كما إذا أعطى الموكل الوكيل مخالصة أبرأ فيها ذمة الوكيل دون أن يطلب منه تقديم حساب^(٥). ويمكن حل

= في شخص الوكيل شيء وإعفاؤه من تقديم الحساب عن وكاله شيء آخر (استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ الحاماة ١٠ رقم ١٦ ص ١٦٢) - وقضى أيضاً بأن ملزومية الوكيل بتقديم حساب عن وكاله من مستلزمات عقد التوكيل، وبأن الوكيل عن زوجه إذا تولى قبل أن يقدم حساباً لها التزم ورثته بتقديم الحساب، ويجب أن يقدم حساب صحيح يتضح ويتأقش ويوافق عليه (استئناف مصر ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٩ الحاماة ٢٠ رقم ١٢٠ ص ٣١٦).

(١) أو كانت الوكالة بموجب توكيل محدد وليست الوكالة العامة ما بين الزوجين (بلانيول وريبير وبولانيه ٢ فقرة ٣٠٣). حل أن الإعفاء، حتى الوكالة العامة ما بين الزوجين، إنما ينصب على الحساب المفصل الدقيق (نقض فرنسي ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٦٨ دالوز ١٦٩ - ١ - ١٤٨ - دييجون ٤ يناير سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ٢ - ٤٤٣ - أوليان ٨ يونيو سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٦ - ٢ - ٣٣٤). فيفترض أن الزوجة تقدم حساباً يومياً لزوجها، إلا إذا قام الدليل على العكس، كما لو كان الزوج غائباً أو مجنوناً (روان ٣ مايو سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعي ١٩٢٤ - ٥٥٣)، أو مريضاً أو عاجزاً عن تسلم الحساب (نقض فرنسي ٤ مايو سنة ١٩٣٧ سيرييه ١٩٣٧ - ١ - ٢٢١) - وانظر في هذه المسألة أنسيلويدي دالوز ٢ لفظ Mandat فقرة ٢٢٢.

(٢) وفي قضية وهب والد عقاراً لابنته وبنّ وأضحاً يده عليه بصفتها وكيلة، وكانت الابنة مقيمة مع زوجها وأولادها في منزل والدتها ويتولى الصرف عليهم جميعاً. وبعد وفاة الأب رفضت الابنة دعوى حل ورثته بمطالبتهم بتقديم الحساب، فقضى بأنه يستنتج من ظروف الدعوى أن المتعاقدين لم يكن في نيتهما جعل الأب ملزماً بتقديم حساب عن وكاله (استئناف وطني ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٥٩ ص ١٢٢).

(٣) نقض فرنسي ٢٦ يناير سنة ١٩٤٩ سيرييه ١٩٤٩ - ١ - ١٦٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص ٩١٦ - أنسيلويدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٢٣.

(٤) نقض فرنسي ٢٤ أغسطس سنة ١٨٣١ سيرييه ١٨٣١ - ١ - ٣١٦ - جيوار فقرة ١٣٣ - بودرى وفال في الوكالة فقرة ٦٧٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص ٩١٥.

(٥) نقض فرنسي ٢٦ يناير سنة ١٩٤٩ سيرييه ١٩٤٩ - ١ - ١٦٠ - بودرى وفال في الوكالة فقرة ٦٧٥ - انظر عكس ذلك جيوار فقرة ١٣٤ - استئناف مصر ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٩ الحاماة ٢٠ رقم ١٢٠ ص ٣١٦.

الاتفاق على أنه هبة مستترة^(١) ، أو على أنه وفاء لدين في ذمة الموكل للوكيل ، أو على أنه وثوق من الموكل في أمانة الوكيل^(٢) ؛

وقد لا يعنى الوكيل من تقديم الحساب ، ولكن تقوم ظروف تجعل تقديم الحساب مستحيلا عليه فيسقط التزامه . وتطبيقاً لذلك قضى بأنه لا يجوز تكليف وكيل بتقديم حساب إلا إذا كانت المستندات والأوراق تحت يده ، فإذا كانت المستندات والأوراق في يد طالب الحساب وجب رفض طلبه لاستحالة تقديم الحساب^(٣) . وإذا مات الوكيل مجهلا الحساب ، ولم يترك ما يمكن الاستدلال منه على حساب الموكل ، لم يلزم الورثة بتقديم الحساب ، وإنما يلزمون بذلك إذا مات المورث غير مجهل لأموال موكله^(٤) .

(١) لوبري وردو وإسيان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٦ هامش ٤ . ويجب في هذه الحالة أن يكون الموكل أهلاً لصعود الية منه (برن ١ فقرة ١٠٠٣ - لوزان ٢٢ فقرة ٤٩٦ - جيوار فقرة ١٢٣ - بوردو وقال في الوكالة فقرة ٦٧٣ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ ص ٢٨٨ هامش ٥) .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ ص ٢٨٨ - أكرم أمين الخول فقرة ١٨٦ ص ٢٣٤ - وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن التزام الوكيل بتقديم حساب عن وكالته من مستلزمات عقد التوكيل نفسه ، وهذا الالتزام لا يسقط إلا إذا أعفاه الموكل منه إعفاء صريحاً جلياً (استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٦ ص ٦٢ وقد سبق الإشارة إليه) - انظر عكس ذلك وأنه لا يجوز الاتفاق على إعفاء الوكيل من تقديم الحساب : استئناف مخطوط ٢٠ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٩ (وتقول المحكمة إن كل وكيل ملزم بتقديم حساب عن إدارته وعن المبالغ التي قبضها بموجب وكالته ، وكل شرط يخالف يجب اعتباره غير مكتوب) - محمد عمل عرفة ص ٣٨٩ - ص ٣٩٠ - وقرب في هذا المعنى العكسي جوسران ٢ فقرة ١٤١٢ مكرزة - وعلى كل حال لا يعتبر إقرار الموكل لتصرف صفو من الوكيل إعفاء له من تقديم الحساب عن هذا التصرف (استئناف مخطوط ٢٩ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٩) .

(٣) استئناف وطني ٣٠ أبريل سنة ١٩٠١ الاستقلال ٤ ص ٥٧٣ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ ص ٢٨٨ .

(٤) استئناف مصر ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٣٣ ص ٤٩٨ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ ص ٢٩١ - وتقريباً من هذا المعنى التي قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الوكالة بلامقابل ليست كثيراً من العلاقات التي ترتبط بتبادل المنافع وتجعل كل طرف خصياً للآخر في منفعتي ، وإنما هي علاقة مبنى لإيجابها الثقة ، وموجب قبولها النجدة ، وموضوعها مونة الموكل ، ومقتضاها تبادل الإخلاص بين طرفيها وتمازجها بالصدق على الوفاء بما ينشأ عنها من التهميدات ، وإن أيسر ما يجب على الموكل من ذلك أن يساعد الوكيل عند انتهاء مأموريته على أداء حساب ، إن لم يكن بالسبق إلى تقرير الحقائق وبالتنبيه على ما غاب منها عن الوكيل ، فبالاعتراض =

وسرى أن دعوى تقديم الحساب تسقط بالتقادم بانقضاء خمس عشرة سنة (١).

المطلب الثالث

رد ما للموكل في يد الوكيل

٣٦٨ - ما يلتزم الوكيل برده للموكل: بعد أن يقدم الوكيل الحساب للموكل على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، يجب على الوكيل أن يرد للموكل ما في يده من مال له وهو رصيد الحساب ، يلتزم أيضاً بالفوائد في حالتين معينتين . وعلى الوكيل كذلك أن يرد للموكل ما في يده من أوراق ومستندات تتعلق بالوكالة ، ويدخل في ذلك سند التوكيل . وبعد ذلك كله يعطى الموكل الوكيل مخالصة برئ فيها ذمته .

فتبحث هذه المسائل الأربع : (١) رد ما للموكل من مال في يد الوكيل . (٢) دفع الفوائد في حالتين معينتين . (٣) رد الأوراق والمستندات وسند التوكيل . (٤) المخالصة بإبراء ذمة الوكيل .

٣٦٩ - رد ما للموكل من مال في يد الوكيل : كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٠٥ مدنى يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « وعليه (على الوكيل) أن يرد للموكل كل ما كسبه لحسابه بتنفيذ الوكالة ، حتى لو كان يعمل باسمه . وعليه ، بوجه خاص ، أن ينقل للموكل ما كسبه من حقوق وهو يعمل باسمه لحساب الموكل » . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة « لعدم

= بما على الأقل بعد سؤاله عنها . وصراحة القول فيها عند عرضها عليه . وإن هذا الواجب يتم لزومه وتشتت مطالبة الموكل به فيما إذا كان المكلف بالحساب ليس هو الوكيل نفسه ، بل واثراً له يصعب عليه في غالب الأحوال أن يحيط بجميع ما يتعلق بإدارة لم يكن هو المباشر لها بنفسه . فإذا أغل هذا الواجب ، ولم يكن وارث الوكيل على أمره كما استعان بمجورته في شأنه ، وانتهز فرصة جهله أو عدم اختياره ، وسكت عن حق لإعفائه ، عد سكوته غشاً . وإنه أولى من هذا السكوت بالنفس ، وأحق منه باسمه ، أن يقف للموكل لهذا الوارث موقف الخلع من شخصه ، يدعى الباطل وينكر الحق (استئناف وطى ٤ مايو سنة ١٨٩٩ انقضاء ٦ ص ٣٠٧) .

ضرورتها^(١) . وليس النص المحذوف إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيعمل به بالرغم من حذفه .

وعلى ذلك يلتزم الوكيل برد كل ما كسبه لحساب الموكل ، سواء عمل الوكيل باسم الموكل أو عمل باسمه الشخصي . فلو عمل باسمه الشخصي كاسم مستعار (مسخر) فاشترى المنزل الموكل في شرائه باسمه فانضلت إليه الملكية ، وجب عليه أن ينقل ملكية هذا المنزل للموكل^(٢) . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في الاسم المستعار .

وإذا تسلم الوكيل لحساب الموكل أعياناً أو بضائع ، وجب عليه ردها بالذات إلى الموكل ، ولا يصح أن يجتزئ عن ذلك برد قيمتها ، ما لم يكن مفوضاً في بيعها فعند ذلك يبيعها ويسلم ثمنها للموكل^(٣) . كذلك إذا تسلم عملة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٤ - وانظر أيضاً فقرة ٢٦٤ في الهامش - وتنص الفقرة الأولى من المادة ٧٨٩ من تقنين الموجبات والقيود اللباني على أنه « يجب على الوكيل أن يقدم للموكل ، عند طلبه في كل وقت ، بياناً من إدارته ، وأن يسلم إليه كل ما دخل عليه من طريق الوكالة بأي وجه من الوجوه » (انظر أيضاً فقرة ٢٦٤ في الهامش) .

(٢) يردى وقال في الوكالة فقرة ٦٧١ - بلانيوك وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص ٩١٧ - وقد قضى بأنه إذا وكل المدين شخصاً في أن يشتري باسمه الدين الذي في ذمة الموكل ، فإن الوكيل يصبح دائماً للموكل ومديناً له بنفس الدين ، فيسقط الدين بالمقاصة ، كما لو كان قد سقط بالتعاقد الذمة في شخص الموكل (نقض فرنسي ١٥ مارس سنة ١٨٩٩ دالوز ٧٠ - ١ - ١٠٧) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يلتزم الوكيل أخيراً بتقديم حساب من وكالته عند انقضاءها ، وإطلاعه على الحالة التي وصل إليها في تنفيذ الوكالة أننا صرنا طلب منه الموكل ذلك في أوقات معقولة . وما كسبه الوكيل لحساب الموكل يجب رده إليه ، حتى لو كان الوكيل « اسماً مستعاراً » يعمل باسمه الشخصي . وينطبق ذلك بنوع خاص على الحقوق التي كسبها الوكيل لنفسه في العقود التي أبرمها باسمه لحساب الموكل ، فيجب أن ينزل له منها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٧ - ص ٢٠٨) .

(٣) بلانيوك وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص ٩١٨ - وإذا كان في يده نقود موكله ، وجب عليه تسليمها إليه ، فإذا اشترى بها أعياناً باسمه كان مبدداً ووجب عليه التصديع . ولكن ليس للموكل أن يسرد هذه الأعيان ، بل ينبغي عليها بحقه كسائر الدائنين . وقد قضى بأنه إذا استعمل الوكيل نقود موكله في مصلحته الخاصة اعتبر مبدداً لها ، ولم تدخل الأعيان التي اشترى بها الوكيل بهذه النقود في ملك الموكل مادامت لم تكن باسمه ، ولم يلزم الوكيل إلا بأن يقدم حساباً عن إدارة عمله وحساب المبالغ التي قبضها على ذمة موكله (استئناف مصر ٧ مايو سنة ١٩٣٠ الهامات ١١ رقم ٢٩ ص ٥٥) .

أجنبية لحساب الموكل ، وجب عليه تسليم هذه العملة بذاتها لا تسليم ما يساويها بالعملة المصرية ، إلا إذا قضت تشريعات النقد الأجنبي بذلك^(١) . وإذا كان في يد الوكيل للموكل أوراق مالية فاستهلك أربع بعضها جوايز ، وجب على الوكيل أن يسلم للموكل قيمة ما استهلك من الأوراق المالية أو الجوايز التي ربحها الأوراق^(٢) . وللموكل أن يسترد من الوكيل الأعيان التي له بدعوى استحقاق ، إلى جانب دعوى الوكالة ، لأنه هو المالك لها .

ويرد الوكيل للموكل ما تسلمه لحسابه حتى لو لم يكن مستحقاً للموكل ، فليس للوكيل أن يبحث فيما تسلمه لحساب الموكل هل هو من حقه أو ليس من حقه ، هذا إلى أن الموكل لا الوكيل هو الذي يطالب برد غير المستحق . وهذا الحكم منصوص عليه صراحة في المادة ١٩٩٣ من التقنين المدني الفرنسي^(٣) ، وهو متفق مع القواعد العامة فيسرى في مصر دون نص . ومن ثم يرد الوكيل للموكل ما اقتضاه من الغير فوق ما يكون الغير ملزماً به ، مادام قد اقتضاه لحساب الموكل ، وإذا تملكه لنفسه اعتبر مبدأً^(٤) . ولكنه

(١) نقض فرنسي ٩ مارس سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ - ٢٥٧ - ١٤ يناير سنة ١٩٢٨ سيرة ١٩٢٨ - ١ - ١٩٢ - أوبري ورو وإسان ٦ فترة ٤١٣ ص ٢١٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فترة ١٤٧٧ ص ٩١٨ - فإذا تم تسليم العملة الأجنبية بذاتها ، وجب تسليم قيمتها بالعملة الوطنية وقت التسليم لا وقت قبض الوكيل للعملة الأجنبية (نقض فرنسي ٩ مارس سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ - ٢٣٧ - باريس ٢٩ يناير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ٢ - ١٢٩ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فترة ٣٠٣٤) .

(٢) نقض فرنسي ١٧ فبراير سنة ١٩١٣ سيرة ١٩١٣ - ١ - ٣٥٨ - جرينويل ٢٦ يولييه سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٩ - ٢ - ٣٣١ - ١٤ يولييه سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٢ - ٢ - ١٦٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فترة ١٤٧٧ ص ٩١٨ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat ٢٤٥ فترة ٢٤٥ .

(٣) جرينويل ١٤ يولييه سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٢ - ٢ - ١٦٥ - بودري وقال في الوكالة فترة ٦٧٨ - أوبري ورو وإسان ٦ فترة ٤١٣ ص ٢١٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فترة ١٤٧٧ ص ٩١٧ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فترة ٣٠٣٤ - كولان وكليبتان وعد لاموراندييه ٢ فترة ١٣٦٠ ص ٨٧١ - وسع ذلك انظر نقض فرنسي ٢٣ يولييه سنة ١٩٠٠ سيرة ١٩٠١ - ١ - ٩ .

(٤) نقض فرنسي ١٧ يولييه سنة ١٩١٨ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ٧٦ - ٧ يولييه سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ - ٥١٠ - ترولون ٢ فترة ٤٢٠ وما بعدها - يون ١ فترة ١٠٠٨ - جيوار ٢ فترة ١٢٦ - بودري وقال في الوكالة فترة ٦٧٩ - بلانيول وريبير .

لا يلزم برد ما اقتضاه دون حتى بسبب غلط مادی أو خطأ في الحساب أو لسبب غير مشروع ، فهذا إنما يلزم برده للغير الذي تسلمه منه^(١) .
والموكل هو الذي يجعل عبء إثبات أن الوكيل قد تسلم شيئاً لحسابه^(٢) ، ولكن إذا كان الوكيل مفوضاً في قبض شيء في ذمة الغير للموكل كان مسئولاً عنه حتى لو لم يقبضه ، إلا إذا أثبت الوكيل أنه لم يتمكن من القبض بسبب قوة قاهرة^(٣) .

وإذا لم يرد الوكيل ما يئسده من مال للموكل ونصرف فيه أو استعمله لصالحه ، ارتكب جريمة التبديد فوق مسؤوليته المدنية^(٤) .

٢٧٠ - رفع الفرائض في ماتين - نص قانوني : تنص المادة ٧٠٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

— وسالفاتي ١١ فقرة ١٤٧٧ ص ٩١٧ - بيدان ١٢ فقرة ٣١٥ - أنسكلويدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٣٧ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ ص ٢٨٧ .

(١) نقض فرنسي ١٠ يونيو سنة ١٨٦٨ دالوز ٦٩ - ١ - ٣١٨ - ٢٤ يوليو سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٢٦١ - جيوار فقرة ١٣٥ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٩٧٨ - أوبري ورو وسبان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٧ - بلانيول وريبير وسالفاتي ١١ فقرة ١٤٧٧ ص ٩١٧ - كولان وكايتان وفي لاموراندبير ٢ فقرة ١٣٦٠ ص ٨٧١ - أنسكلويدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٣٨ - وقارن عابدين ١٩ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٤٤٢ ص ٥٣٥ .
(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه يتعين على الموكل وورثته إثبات قبض الوكيل لئال الله يدهون أنه قبضه ، فإن فعلوا تمين على الوكيل وورثته أن يثبتوا صرف هذا المال في شؤون الموكل أو مصلحته إليه . فإذا كان الثابت بتقرير المنبر أنه اعتمد في حصر المبالغ التي وصلت إلى الوكيل على الدفاتر التي كان هو يرصد فيها حساب وكالة ، فإنه يكون على ورثة الوكيل ، وقد أقام الموكل بما يقده الوكيل بالدفاتر الدليل على انشغال ذمة مورثهم بما ورد فيها من مبالغ ، أن يقيموا هم بدورهم الدليل على خلوس ذمة مبالغها أو بعضها (نقض مدني ٦ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة صر رقم ١٦٥ ص ٣٧٥) .

وإذا أثبت الموكل أن الوكيل قبض مبلغاً لحسابه وطالب به ، لم يجوز دفع دعوى المطالبة بأنه لا يجوز دفعها مباشرة من غير أن تسبقها دعوى حساب ، مادام الوكيل قد قصر ظم يدفع أمام محكمة الموضوع بوجود تصفية الحساب وبأن نتيجة في مصلحته ويقدم الدليل على ذلك (نقض مدني ١٨ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة صر ٢ رقم ١٨٤ ص ٥٦١) .

(٣) نقض فرنسي ٢٢ فبراير سنة ١٨٥٤ دالوز ٥٤ - ١ - ١١٣ - ١٥ يناير سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٣ - ١ - ٢٤٩ - بلانيول وريبير وسالفاتي ١١ فقرة ١٤٧٧ .

(٤) استئناف مخطوط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٤ - ٢٧ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨٥ .

- ١٥ - ليس الوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه .
- ٢٥ - وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضاً فوائد ما تبقى من ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يمتدئ^(١) .
- فهناك إذن حالتان يدفع فيهما الوكيل الفوائد عن المبالغ التي في ذمته للموكل ، لا من وقت المطالبة القضائية بالفوائد كما تقضي القواعد العامة (م ٢٢٦ مدني) ، بل قبل ذلك : (١) فوائد المبالغ التي تثبت في ذمة الوكيل من حساب الوكالة ، وتبلغ من وقت الإعذار . (٢) فوائد المبالغ التي استخدمها الوكيل لصالحه ، وتبلغ من وقت استخدامها^(٢) . وتستعرض كلا من هاتين الحالتين :

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٨١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٣٨ في المشروع الثاني . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٣٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٦ (مجموعة الأعمال التشريعية ٥ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٨) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادة ٥٢٦/٦٤٦ : وعليه فوائد المبالغ المقرضة من يوم مطالبة بها مطالبة رسمية (mise en demeure) أو من يوم استعمالها لما لمنفعة نفسه . وله الحق في فوائد التقود التي دفعها بسبب التوكيل من يوم دفعها . (وأحكام التقنين المدني القديم تنفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٧٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٠٦ (مطابق) :

التقنين المدني العراقي م ٩٣٧ (موافق) .

تقنين الجراجات والمقود ألباني م ٧٨٩/٢ : ويجب عليه (عل الوكيل) أداء فائدة الأموال التي تأخر في دفعها . (ولم يبين التقنين الباني ما إذا كان يجب الإعذار لسريان الفوائد ، ولم ينص على فوائد المبالغ التي استخدمها الوكيل لصالح نفسه) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « فإذا وقع مال الموكل في يد الوكيل ، وجب على هذا ألا يستعمله لصالح نفسه ، فإن فعل كان مشمولاً عن فوائده من وقت استخدامه . وكذلك يلزم بالفوائد عما يتبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت إعذاره بالدفع . وهاتان حالتان وردتا استثناء من القاعدة التي تقضي بأن الفوائد لا تدفع إلا من وقت دفع الدعوى ، في الحالة الأولى تدفع الفوائد من وقت أن يستخدم الوكيل المال لصالح نفسه ، وفي الحالة الثانية من وقت الإعذار بالدفع » (مجموعة الأعمال التشريعية ٥ ص ٢٠٨) .

ويرى الأستاذ آثم أمين أنولى أن الحالة الأولى ليست إلا « تطبيقاً للإجراء بلاسب لا شأن له بمبدأ لزوم المطالبة القضائية لسريان الفوائد ، هذا المبدأ خاص بحالة التأخر في الوفاء بجمع من التقود ، وهو ما لا يتحقق في هذا الفرض لأن الوكيل لا يلزم من قبل تنفيذ الوكالة برد مال =

الحالة الأولى - فوائد المبالغ التي ثبتت في ذمة الوكيل من حساب الوكالة :
 فإذا صنى حساب الوكالة ، وتبين في ذمة الوكيل للموكل مبالغ هي رصيد هذا
 الحساب ، وجب على الوكيل ردها للموكل كما سبق القول . وإذا تأخر في
 ردها ولم يعنره الموكل ، لم تحب عليه فوائد لهذه المبالغ . بل يرددها كما هي
 دون زيادة^(١) . أما إذا أعثر الموكل الوكيل مطالباً بإياه برد هذه المبالغ ،
 فإن القوائد تسرى من وقت الإعذار يرد المبالغ المتبقية في ذمة الوكيل^(٢) دون
 حاجة إلى ذكر القوائد في الإعذار ، فإن المادة ٢/٧٠٦ مدني قالت : من
 وقت أن يعنر ، ولم تقل « من وقت أن يعنر بدفع المبالغ وفوائدها »

= الموكل بل باستخدامه في تنفيذ الوكالة . (أكرم أمين الخول فقرة ١٨٠) . وإخالة الثانية هي
 وحدها الاستثناء من القواعد العامة ، إذ فيها يكون الوكيل ملتزماً برد المال الموكل ويأتمم بدفع
 فوائده من وقت الإعذار لا من وقت المطالبة القضائية بالفوائد (أكرم أمين الخول فقرة ١٨٧) .
 ومنقضى جمل الحالة الأولى مجرد تطبيق لمبدأ الإثراء بلا سبب ألا يكون الوكيل مسئولاً إلا عن أقل
 التفتين ، قيمة ما أفاد هو وقيمة ما خسر الموكل ، وسرى أن الوكيل يكون مسئولاً عن جميع
 ما خسر الموكل ولو زاد على قيمة ما أفاده هو .

(١) نقض فرنسي ٦ ديسمبر سنة ١٨٨٠ دالوز ٨١ - ١ - ٣١٢ - ١١ يولي سنة ١٨٨٣
 سيري ٨٤ - ١ - ٣٢٣ - ١٦ يونيو سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٤٠٧ - ٢١ يناير
 سنة ١٩٠٨ سيري ١٩٠٩ - ١ - ٥٠١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٨٣ - بلانيول وريبير
 وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩١٨ - كولان وكاهيتان وحى لاموراندبير ٢ فقرة
 ١٣٦٠ - ولا يجوز قبل الإعذار مطالبة الوكيل بالقوائد ، إلا إذا كان ذلك على سبيل التمييز
 عن الإخلال بالتزام معين ، كما إذا كان الوكيل قد تأخر دون مبرر في قبض ديون مستحقة للموكل
 أو امتنع عن استغلال مبالغ التزم باستغلالها ، فيطالب بفوائد الديون أو المبالغ على سبيل التمييز
 (نقض فرنسي ١٥ يولي سنة ١٩٠٢ سيري ١٩٠٥ - ١ - ٨٧ - ١٦ يولي سنة ١٩٠٣ دالوز
 ١٩٠٣ - ١ - ٤٠٧ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٨٨ مكررة - بلانيول وريبير وسافاتييه
 ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩١٩) - وقد قضى بأن الوكيل لا تكون ذمة مشغولة بأى مبالغ إلا بعد
 ظهور نتيجة الحساب ، فلا يلزم بفوائد إلا من تاريخ ظهور المبالغ في ذمة ومطالبته بهذه المبالغ
 ويكون ذلك بمجرد إعلان أو تقيده بالدفن أو رفع دعوى (استئناف مصر ٩ يولي سنة ١٩٣٤ انجاسة
 ١٥ رقم ١٩٢ ص ٣٩٨) .

(٢) استئناف وطني ١٩ مايو سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٢٢٢ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢
 الحقوق ١٨ ص ١٨ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٩٠ - حتى لو كانت هذه المبالغ التي قبضها
 الوكيل هي نفسها فوائد مستحقة للموكل ، فتسرى القوائد بالنسبة إليها لأنها تعتبر رأس مال في
 العلاقة ما بين الموكل والوكيل (ترولون فقرة ٤٩٩ - بون ١ فقرة ١٠٥٢ - سيبوار فقرة ١٤٠ -
 بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٨٤) .

كما قالت المادة ٢٢٦ مدني : وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها^(١) . والإعذار يكون بإنذار الوكيل على يد محضر أو بما يقوم مقام الإنذار . ويقوم مقام الإنذار رفع الموكل دعوى على الوكيل بتقديم الحساب مع دفع الرصيد المتبقى في ذمة الوكيل ولو لم يكن هذا الرصيد معلوم المقدار^(٢) ، أما رفع الدعوى بتقديم الحساب دون ذكر لدفع الرصيد فلا يقوم مقام الإعذار بدفع الرصيد ولا يجعل الفوائد تسري^(٣) . والفوائد التي تسرى بالإعذار هي الفوائد محسوبة بالسعر القانوني ، أي ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية^(٤) . ويجوز الاتفاق مقدماً على أن يكون سعر الفوائد أكثر أو أقل من ذلك^(٥) بشرط ألا يزيد على ٧٪ (م ٢٢٧ مدني) ، كما يجوز الاتفاق على أن تسرى الفوائد من وقت انتهاء الوكالة وتعيين الرصيد المتبقى في ذمة الوكيل دون حاجة إلى الإعذار^(٦) .

- (١) قارن أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٨ هامش ٨ .
- (٢) نقض فرنسي ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٤ - ١ - ٦٦ - ٨ يوتيه سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٧ - ١ - ٤٦٤ - ١٦ يوتيه سنة ١٩٠٣ دالوز ١٠٣ - ١ - ٤٠٧ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٨٥ ص ٣٦٤ - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩١٨ - ص ٩١٩ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٥٩ .
- (٣) نقض فرنسي ٢٠ أبريل سنة ١٨٦٣ سيرييه ٦٣ - ١ - ٤١٦ - جيلوار فقرة ١٤٥ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٩٦ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٨ هامش ٨ - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩١٩ هامش ١ .
- (٤) وذلك ما لم يثبت الموكل سوء نية الوكيل وعند ذلك يتقاضى تمويضاً أكبر . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن تأخر المدين في الوفاء بالمدين لا يستوجب أكثر من إلزامه بالفائدة القانونية ، ما لم يثبت أن هذا التأخر كان بسوء نية المدين وترتب عليه إلحاق ضرر استثنائي بال دائن ، وذلك وفقاً لمادة ٢٣١ من القانون المدني التي جاءت تطبيقاً للقواعد العامة وتفتتياً لما جرى عليه القضاء في ظل القانون المدني . وإذن ففي كان الحكم المطعون فيه ألزم المدين بالمدين على أساس سعر الدولار يوم الاستحقاق وبالفارق بين السعر يوم الاستحقاق والسعر يوم صدور الحكم الابتدائي خلاصة حل فوائده التأخير بمثابة تمويض عن التأخر في الوفاء دون أن يظهر سوء نية المدين ، فإنه يكون مشوباً بالتقصير (نقض مدني ٢٢ يوتيه سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٨٦ ص ٥٦١) .
- (٥) بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٩٠ .
- (٦) وإذا اضطر الوكيل . بسبب الخلاف مع الموكل على الحساب ، أن يودع مبلغاً خزافة المحكمة لحساب الموكل ، لم يكن مشمولاً عن فوائد هذا المبلغ ، ويقتصر الموكل على الفوائد التي يحتفظها من خزافة المحكمة (استئناف مخطوط ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٣٦ ص ٢١٦) .

الحالة الثانية - فوائد المبالغ التي استخدمها الوكيل لصالحه : وإذا وقع في يد الوكيل مبلغ لحساب الموكل واستخدمه لصالحه^(١)، وجب عليه دفع فوائد هذا المبلغ بالسعر القانوني سالف الذكر ، وذلك من وقت استخدامه المبلغ لصالحه دون حاجة لإعذار^(٢) . وعبء إثبات أن الوكيل استخدم المبلغ لصالحه يقع على الموكل^(٣)، ويقع عليه أيضاً أن يثبت الوقت الذي استخدم فيه الوكيل المبلغ لصالحه حتى يكون هذا الوقت مبدأ لسريان الفوائد^(٤) . فإن لم يمكن إثبات وقت استخدام المبلغ ، ولكن ثبت أن الوكيل استخدمه لصالحه ،

(١) وقد يصل في استخدام المبلغ لصالحه إلى حد أن يتملكه ويتصرف فيه كمالك ، فيكون في هذه الحالة مبدأً .

(٢) وقد يكون الوكيل مستولاً عن تمريض أكبر من الفوائد القانونية . فإذا استعمل مالا لصالح نفسه مبلغاً كان يجب أن يؤدي به ديناً في ذمة الموكل ، وترتب على ذلك أن حجز الدائن على أموال الموكل ، فإن الوكيل يكون مستولاً عن تمريض الموكل ما لحقه من ضرر بسبب الحجز ومصرفاته ولو زاد ذلك على الفوائد القانونية للمبلغ الذي استعمله لصالحه (نقض فرنسي ١٨ سبتمبر سنة ١٨٦٢ دالوز ٩٣ - ٥ - ١٢٤ - بون ١ فقرة ١٠٤٥ - لوران ٢٧ فقرة ٥١٠ - أوبري رور وإيجان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٨ وماش ٧ - أنسيلوبي دالوز ٣ لنظ Mandat فقرة ٢٥٣ - عكس ذلك جيوار فقرة ١٤٤ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٩٩٠) .

(٣) (٢) نقض فرنسي ٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٣ - ١ - ٤٥٤ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٤ - ١ - ٦٦ - ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٤ سيري ٨٤ - ١ - ١٢٢ - ٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ سيري ٩١ - ١ - ٥١٨ - ترولون فقرة ٥٠٣ - بون ١ فقرة ١٠٤٣ - لوران ٢٧ فقرة ٥٠٨ - فقرة ٥٠٩ - جيوار فقرة ١٤١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٩٣ - بلانيول وريزيير وسالتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ ص ٩١٤ وفقرة ١٤٧٨ ص ١٩١٩ - ص ٩٢٠ . وقد قضت محكمة النقض بأن استئصال الوكيل لأموال موكله أمر لا يفترض ، بل يجب توافر الدليل عليه وعلى تاريخ حصوله ، ومن ثم فإذا كان ما أوردته المحكمة المعلوم فيه لا يمتنع أن يكون عرضاً لصور عمالة الوكيل في الوفاء ، ولا يحمل الدليل على ما انتهى إليه من ثبوت استئصال الوكيل لما حصله من أموال الموكل ، فإنه يكون قاصر اليان (نقض مدني ٢٢ يونيو سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ دقم ٨٦ ص ٥٦١) .

وليس على الموكل أن يثبت في أي وجه على التمتع استخدام الوكيل المبلغ لصالحه (لوران ٢٧ فقرة ٥٠٩ - جيوار فقرة ١٤١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٩٤) .

(٤) جيوار فقرة ١٤١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٩٣ - وركت استخدام المبلغ مسألة واقع تثبت بجميع الطرق ، ويثبت فيها قاضي الموضوع (نقض فرنسي ١٦ يونيو سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٤٠٧ - جيوار فقرة ١٤١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٩٣ - بلانيول وريزيير وسالتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩١٩ - محمد علي هرقة ص ٣٩١) .

سرت الفوائد من وقت انتهاء الوكيل من أعمال الوكالة^(١) . وإذا لم يدرج الوكيل في الحساب مبلغاً في يده للموكل ، ولم يكن ذلك عن غلط أو سهو ، اعتبر ذلك قرينة على أنه قد استخدم هذا المبلغ لصالحه^(٢) . كذلك إذا استولى على مبلغ يزيد على أجره ، ولم يكن ذلك عن غلط ، اعتبرت الزيادة مبلغاً استخدمه لصالحه^(٣) . وعلى الوكيل أن يثبت الغلط أو السهو الذي وقع فيه : وإذا أصاب الموكل ضرر أكبر من جراء استخدام الوكيل لصالحه المبالغ التي في يده للموكل ، كأن حرم الموكل من استغلال هذه المبالغ بربح أعلى ، جازت زيادة الفوائد بمقدار ما يعوض هذا الضرر^(٤) . وفوائد المبالغ التي استخدمها الوكيل لصالحه تدخل في الحساب الذي يقدمه وتعتبر جزءاً من هذا الحساب لا يتجزأ : ومن ثم لا تسقط بالتقادم الخمسي كما هو الأمر في الفوائد الدورية ، بل تسقط مع الحساب نفسه بخمس عشرة سنة^(٥) .

(١) نقض فرنسي ٣ مايو سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٥ - ١ - ٣٧٩ - لوران ٢٧ فقرة ٥٠٩ - جيوار فقرة ١٤١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٩٣ - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩١٩ - أنسيلويدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٥٤ .

(٢) نقض فرنسي ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٤ - ١ - ٦٦ - جيوار فقرة ١٤١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٩٣ - محمد عل عرفة ص ٣٩١ .

(٣) بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩٢٠ - فإن أخذ الوكيل أجراً زائداً عن غلط رده دون فوائد بموجب دعوى رد ما دفع دون حق (نقض فرنسي ١٩ يولييه سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٦ - ١ - ٢٧٨ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٤٣ - وقارن أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٩) . وإذا أدرج الوكيل مبلغاً وهياً في المصروفات ، حذف المبلغ وحسبت فروائده على الوكيل من وقت إدراجها (نقض فرنسي ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٤ - ١ - ٦٦ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٨) .

(٤) نقض فرنسي ١٨ ديسمبر سنة ١٨٦٢ دالوز ٦٣ - ٥ - ١٢٤ - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩١٩ .

(٥) قارن استئناف مخطوط ١٠ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٥٥ - وانظر نقض فرنسي ٧ مارس سنة ١٨٨٧ دالوز ٨٧ - ١ - ٤٠٣ - بودري وقال في الوكالة فقرة ١٨٩ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٨ هامش ٦ - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩١٩ .

وإذا لم يكن المال الذي استخدمه الموكل لصالحه نفوداً ، لم يكن هناك محل لدفع فوائد ، وإنما يكون هناك محل لدفع تمويض (نقض فرنسي ١٢ مايو سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٣٠٣ - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩٢٠) .

٢٧١ - رد الأوراق والمستندات وسر التوكيل : ويجب على الوكيل أيضاً ، بعد انتهاء الوكالة ، أن يرد ما في يده من أوراق ومستندات تتعلق بالوكالة وتخص الموكل .

فقد يكون الموكل أعطاه أوراقاً ووثائق يستعين بها في تنفيذ الوكالة ، كدفاتر وسجلات وإعلام وراثية وحجة وقف وعقود وغير ذلك من الأوراق والوثائق ، فيجب على الوكيل عند انتهاء الوكالة أن يرد كل ذلك للموكل . وقد يحصل الوكيل في أثناء تنفيذ الوكالة على مستندات تخص الموكل ، كما إذا عقد شراء لحساب الموكل أو استأجر له عيناً أو أقرض ماله أو وفي ديونه ، فيجب في هذه الأحوال على الوكيل أن يرد للموكل عقد الشراء أو عقد الإيجار أو عقد القرض أو المخالصة بالدينون^(١) .

وسرى أن للوكيل أن يحبس هذه الأشياء في يده حتى يستوفي حقوقه من الموكل^(٢) . ولكن هناك شيئاً لا يجوز للوكيل أن يحبسه ، بل يجب عليه أن يرده للموكل عند انتهاء الوكالة ولو كانت له حقوق في ذمة الموكل لم يستوفها ، وذلك هو سند التوكيل . ذلك أن بقاء هذا السند في يد الوكيل بعد انتهاء الوكالة لا مبرر له ، ويخشى أن يستعمله الوكيل بعد أن زالت وكالته . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني يشتمل على نص في هذا المعنى ، فكانت المادة ٩٩٧ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : ١٥ - على الوكيل ، إذا كان قد حصل على سند يثبت الوكالة ، أن يرد السند للموكل عند انتهاء الوكالة ، ولا يجوز له الاحتفاظ به ضماناً لحقوقه قبل الموكل . ٢ - فإذا أهمل الموكل

(١) وقد نصت المادة ٤١ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على ما يأتي : « على المحامي عند انقضاء التوكيل أن يرد لموكله عند طلبه المستندات والأوراق الأصلية . ومع ذلك يجوز له إذا لم يكن حصل على أتمامه أن يستخرج على نفقة موكله صوراً من جميع المحررات التي تصلح سنداً له في المطالبة ، وأن يبين لديه المستندات والأوراق الأصلية حتى يؤدي له الموكل مصروفات استخراج تلك المحررات - ويقوم مجلس النقابة بالتصديق على صور المستندات والأوراق التي ليست لها أصول ثابتة بسجلات المحاكم - ولا يلزم المحامي أن يسلم موكله سندات الأوراق التي حررها في الدعوى ولا الكتب الواردة إليه منه ولا المستندات المتعلقة بما آداء عنه ولم يؤدي إليه ، ومع ذلك يجب على المحامي أن يعطى موكله صوراً من هذه الأوراق بناء على طلب الموكل وعلى نفقته » .

(٢) انظر ما يلي فقرة ٢٩٦ .

أو خلفائه في حمل الوكيل على رد السند . فإنهم يكونون مسئولين عن الضرر الذي قد يصيب الغير حسن النية من جراء ذلك . وقد حذف هذا النص في في لجنة المراجعة^(١) ، ولكن أحكمه تتفق مع القواعد العامة ، فيعمل به بالرغم من حذفه^(٢) . وقد ورد في شأنه في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما تجزئ هنا بإبراده ففيه الغناء : « ولما كان سند الوكالة في يد الوكيل لأنه مطالب بإثبات وكالته للغير كما تقدم : فيجب عليه أن يرده إليه أو إلى ورثته عند انتهاء الوكالة ، ولا يجوز للوكيل أن يحبس السند استيفاء لحقوقه . واسترداد السند من الوكيل في الوقت المناسب يمنع الغير من التعامل مع الوكيل بعد انتهاء الوكالة ، وإلا كانوا سيئ النية . كما أن بقاء السند في يد الوكيل بعد انتهاء الوكالة يكون من شأنه أن يفرر بالغير فيتعاملون مع الوكيل ، وقد تقدم أن للغير في هذه الحالة أن يتمسكوا بالوكالة . ولم في كل الأحوال أن يرجعوا بالتعويض عما يصيبهم من ضرر على كل من الموكل أو الوكيل . وإذا تملك الوكيل في رد سند الوكالة ألزم بذلك ، وكان مسئولاً عن التعويض . والموكل أن يشهر انتهاء الوكالة بالطريقة المناسبة^(٣) . »

٢٧٢ — **المخالصة بإبراء ذمة الوكيل** : بعد أن يودى الوكيل الحساب للموكل ، ويرد إليه جميع ما في يده له من مال وأوراق ومستندات وفوائد مستحقة مع سند التوكيل على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم ، يعطيه الموكل **مخالصة بإبراء ذمته (décharge)**^(٤) .

(١) مجموعة الأعمال التصفيرية ص ٢٢٧ في الهامش .

(٢) وكانت المادة ٦٥٢/٥٢١ من التفتين للفق التقديم تنص على ما يأتي : « وعلى الوكيل بعد انتهاء توكيله أن يرد للموكل السند المعلق له بالتوكيل » .

(٣) مجموعة الأعمال التصفيرية ص ٢٣٨ - ومع ذلك فقد نصت المادة ٤٢ من قانون المحاسبة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على ما يأتي : « ليس للموكل عند انتهاء التوكيل لأي سبب من الأسباب أن يتردد سند التوكيل . ويجب على المالك إيداعه قلم كتاب المحكمة المختصة إن لم يكن قد أودعه ملف الدعوى ، وعلى كاتب المحكمة إذا طلب منه أن يؤشر فوراً على ذلك السند وعلى صورته المودعة قلم الكتاب ما يفيد انتهاء الوكالة » .

(٤) وحتى وافق الموكل على الحساب وهو على بينة من أمره وقد قدمت له المستندات اللازمة ، لم يجوز له بعد ذلك الرجوع في موافقته وطلب حساب جديد (استئناف مخطط ٨ فبراير سنة ١٩٢٤ =

وإذا اقتصر الموكل على إقرار (ratification) أعمال الوكيل ، فيغلب أن يكون المقصود من ذلك أن يقر الموكل تصرفات الوكيل مع الغير فتكون نافذة في حقه ، دون أن يكون في ذلك إبراء لنزعة الوكيل من مسئوليته قبل الموكل^(١) ، وذلك ما لم يستخلص من الظروف أن هذا الإقرار يتضمن أيضاً إبراء ذمة الوكيل^(٢) .

على أن المخالصة بإبراء ذمة الوكيل ليس من شأنها في الأصل أن تبرئ ذمة الوكيل مما عسى أن يكشف عنه الموكل فيما بعد من خطأ أو تقصير ارتكبه الوكيل ، فيبقى هذا مسئولاً عن خطئه بالرغم من المخالصة^(٣) . بل إن للموكل ، بعد أن يصدق على الحساب الذي قدمه له الوكيل ، أن يطلب منه ، إذا كانت الظروف تبرر ذلك ، المستندات التي تدعم هذا الحساب^(٤) . وذلك كله ما لم يتبين في وضوح من المخالصة أن الموكل قد أراد إبراء ذمة الوكيل نهائياً من مسئوليته عن جميع أعمال الوكالة ، ويشترط في هذه الحالة ألا يكون الوكيل قد حصل على المخالصة بطريق الفسح كأن أخفى عن الموكل مستندات أو معلومات أخرى^(٥) .

وإذا امتنع الموكل من إعطاء الوكيل مخالصة بإبراء ذمته ، جاز للوكيل أن يرفع عليه دعوى يطلب فيها الحكم ببراءة ذمته من أعمال الوكالة .

= ١٨ ص ١٨ . وليس للموكل أن يطلب الاطلاع من جديد على مستندات حساب سبق أن أطلع عليها ووافق بعد ذلك على الحساب ، بدعوى أنه يريد مراجعة الحساب من جديد ، ما لم يكن هناك غش من جانب الوكيل (نفس الحكم السابق) . وإذا وقع نزاع في بعض المبالغ ، فلموكل أن يرفع دعوى بإدّعاء عليه النزاع ، وليس له أن يطلب بتقديم حساب جديد بعد أن تمت موافقته على الحساب (نفس الحكم السابق) .

(١) نقض فرنسي ٢٨ مارس سنة ١٨٥٥ دالوز ٥٥ - ١ - ١٦٥ .

(٢) نقض فرنسي ٩ مايو سنة ١٨٥٣ دالوز ٥٣ - ١ - ٢٩٣ - بلانويول وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١٤٧٩ .

(٣) نقض فرنسي ٢١ مايو سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ - ١ - ٢٦٥ - بلانويول وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١٤٧٩ ص ٩٢٠ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٤٤ .

(٤) نقض فرنسي ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٩٧ .

(٥) بلانويول وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١٤٧٩ ص ٩٢٠ .

فإذا لم يحصل الوكيل على مخالصة بإبراء ذمته ولا على حكم بذلك ، كان معرضاً لرجوع الموكل عليه في كل وقت إذا كان هناك وجه لذلك^(١) ، ولا يتقدم حق الرجوع هذا إلا بخمس عشرة سنة من وقت تقديم الحساب للموكل^(٢) . فإن لم يقدم الوكيل حساباً ، سقطت دعوى تقديم الحساب نفسها بانقضاء خمس عشرة سنة ، وسرت المدة من وقت انتهاء أعمال الوكالة^(٣) . على أن التقدم لا يمنع الموكل من أن يرفع دعوى استحقاق على الوكيل يسترد بها في يد الوكيل من أعيان مملوكة له ، ولا يجوز للوكيل أن يحتج بالتقدم المكسب لأن يده كوكيل على هذه الأعيان يد عارضة^(٤) .

(١) ولكن لا يجوز الموكل أن يسلك بالمخاضة في دين ثابت عليه الوكيل وما على الوكيل من رصيد حساب الوكالة ، مادام هذا الحساب لم يصف وقد قام نزاع في شأنه ، وعلى الموكل أن يدفع الدين الثابت في ذمته للوكيل مع حفظ حقه في محاسبة هذا الأخير عما دخل في ذمته من ماله حدة وكالته عنه (نقض مدني ١٥ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص ٤٢٢) .
(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الدائن المرتهن رهن حيازة يعتبر أنه وكيل عن الدائن الراهن في استئثار وإدارة العين الموهوبة وقبض ريعها ، وأن عليه بهذا الوصف أن يقدم إلى الراهن حساباً مفصلاً من ذلك ، ودين الموكل قبل وكيله لا يبدأ تقادمه إلا من تاريخ انتهاء الوكالة وتمغية الحساب بينهما (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٨ ص ٩٢) .

ومع ذلك فقد قضت المادة ٤٣ من قانون المحاسبة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على ما يأتي : « يسقط حق الموكل في مطالبة بحماية بالأوراق والمستندات المودعة لديه بعد مضي خمس سنوات ميلادية من تاريخ انتهاء مهمته . أما إذا طلبها الموكل قبل مضي المدة بكتاب موسى عليه ، تبدأ مدة سقوط من تاريخ هذا الكتاب » .

(٣) نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ عمر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٨٥ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٧ ص ٦٤٥ - استئناف مخطوط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٥ - ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١٩ - ١٦ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٧ - ١ يونيو ١٠١٤ - لوران ٢٧ فقرة ٥٢٤ - جيوار فقرة ١٤٨ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٩٥ - بلانويل وبيير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٩ ص ٩٢١ .

ولا يفت سريان تقدم دعوى تقديم الحساب قيام نزاع بين الموكل والوكيل هل عنصر من عناصر الحساب بينهما . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قررت المحكمة أن قيام النزاع بين الموكل والوكيل هل عنصر من عناصر الحساب بينهما لا يعتبر عائقاً يمنع من المطالبة بتقديم الحساب ويقت مدة تقدم دعوى طلبه ، واستندت على ذلك بأن الوكيل سبق له تقديم الحساب في قضية أخرى عن مدة سابقة قبل تصفية ذلك النزاع ، فلا يكون حكمها مخالفاً للقانون (نقض مدني ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٧ ص ٦٤٥) .

(٤) ١ يونيو ١٠١٤ - جيوار فقرة ١٤٨ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٦٩٦ - =

المبحث الثاني

التزامات الموكل

المطلب الأول

دفع الأجر

٢٧٣ — نص قانوني : تنص المادة ٧٠٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - الوكالة تبرعية ، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل .

٢ - فلذا اتفق على أجر للوكالة ، كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضي إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة^(١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادتين ٥١٣ - ٥١٤/٦٢٧ - ٦٢٨^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

= وقد نفت محكمة النقض في هذا المعنى بأن وضع يد الناظرة ، بصفتها ناظرة ، على أمان مهمة طال زمت لا يكسبها ملكيتها ، لأنها لم تنسح يدُها إلا بصفتها وكالة من جهة الوقف ، ويد الوكيل لا تؤدي إلى الملكية إلا إذا تغيرت صفتها (نقض مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧ ص ٤٠ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٢ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٢ ص ٥٩٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤١ في المشروع الثاني . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٠ . ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢١٥ - ص ٢١٧) .

(٢) التقنين المدني القديم م ٦٢٧/٥١٣ : يعتبر التوكيل دون مقابل ، ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك ، أو شرط ضمني يتضح من حالة الوكيل .

م ٦٢٨/٥١٤ : الاتفاق على مقابل معين لا يمنع من النظر فيه بمعرفة القاضي وتقدير المقابل بحسب ما يتصوره . (وأحكام التقنين المدني القديم تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد . وقد زاد التقنين الجديد بأن فنن صراحة القاعدة التي تنص بعدم جواز تفعيل الأجر إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة ، وكان القضاء المصري يجرى على هذه القاعدة في عهد التقنين القديم دون نص) .

م ٦٧٥ - وفي التقنين المدني الليبي م ٧٠٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ٩٤٠ - وفي التقنين المدني اللبناني م ٧٧٠ وم ٧٩٤ - ٧٩٥.

والنص المتقدم الذكر يعرض لأجر الوكيل بوجه عام . وأبرز تطبيق على الوكيل المأجور هو المحامى ، وقد ورد فى قانون المحاماة سلسلة من النصوص تنظم أتعاب المحامى لأهمية هذه المسألة .

فتبحث : (١) الأجر بوجه عام . (٢) أتعاب المحامى .

§ ١ - الأجر بوجه عام

٢٧٤ - فرضاه : يستخلص من نص المادة ٧٠٩ مدنى صالحة الذكر أنه يجب التمييز بين فرضين : الفرض الأول أنه لا يوجد اتفاق على الأجر بين الموكل والوكيل ، والفرض الثانى أن هذا الاتفاق موجود .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٧٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٠٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٤٠ : ١- إذا اشترطت الأجرة فى الوكالة وأوفى الوكيل العمل ، يستحقها . وإن لم تستطع فإن كان الوكيل من يعمل بأجر فله أجر المثل ، وإلا كان متبرعاً .
٢- وإذا اتفق على أجر الوكالة ، كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير المحكمة ، إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة . هذا مع مراعاة أحكام القوانين الخاصة .
(وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والمقود البنائى م ٧٧٠ : تكون الوكالة فى الأصل بلا مقابل . وليس ما يمنع اشتراط الأجر . ولا يقدر كونها بحماية فى الأحوال الآتية : أولاً - إذا كان الوكيل يقوم بمقتضى مهمته أروسته بالخدمات المقررة عليها وكالة . ثانياً - إذا كانت الوكالة من تجار لأعمال تجارية . ثالثاً - إذا كان العرف يقضى بدفع أجر عن الأعمال المقررة عليها الوكالة .

م ٧٩٤ : لا يحق للوكيل الأجر المتفق عليه : أولاً - إذا منعه قوة قاهرة من الشروع فى تنفيذ الوكالة . ثانياً - إذا كانت القضية التى وكل بها قد انتهت قبل تمكنه من الشروع فيها . ثالثاً - إذا لم تتم القضية التى من أجلها أعطيت الوكالة . ويراعى فى هذه الحالة الأخيرة العرف التجارى أو المألوف - عل أنه يحق للقاضى أن ينظر فيما إذا كان يجب إعطاء الوكيل تمويلاً ، مع مراعاة لمقتضى الحال .

م ٧٩٥ : إذا لم يكن الأجر مسمى ، فإنه يمين بناء على المادة المرعية فى المكان الذى انضمت فيه الوكالة ، وإلا فيحسب الظروف .

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، ولم يذكر التقنين البنائى أن أجر التوكيل يكون خاضعاً لتقدير القاضى) .

٢٧٥ — لا يوجب اتفاق على الأجر : تقول الفقرة الأولى من المادة ٧٠٩

مدنى فيما رأينا : « الوكالة تبرعية ، ما لم يتفق على غير ذلك » . فإذا لم يوجد بين الموكل والوكيل اتفاق على الأجر كانت الوكالة غير مأجورة وكان الوكيل متبرعاً ، واعتبرت الوكالة في هذه الحالة من عقود التبرع^(١) . ويرجع ذلك إلى عهد بعيد في تقاليد القانون الرومانى . فقد كانت الوكالة في هذا القانون تبرعية حتماً ، وكان لا يجوز أن يعطى الوكيل أجراً . ولذلك كان الفرق بين الوكالة والمقاوله ينحصر في الأجر ، إذ كانت الوكالة يجوز أن تقع كالمقاوله على أعمال مادية ولا تقتصر على التصرفات القانونية ، ولا تتميز عن المقاوله إلا في أنها غير مأجورة حتماً أما المقاوله فتكون دائماً مأجورة . ويرجع السبب في ذلك إلى أن بعض المهن الحرة في القانون الرومانى ، وبخاصة مهنة المحامى ومهنة الطبيب ، كانت من المكانة الرفيعة في نظر الرومان بحيث تتعالى عن الأجر ، فلا يجوز للمحامى أو الطبيب أن يأخذ أجراً على عمله . فكيف العقد في هذه المهن على أنه وكالة لا مقاوله ، لا لأنه يقع على تصرفات قانونية فالطبيب إنما يقوم بأعمال مادية محضة ، بل لأن العقد لا أجر فيه . وتطور القانون الرومانى ، وكان من الطبيعى مع تطور الظروف الاقتصادية أن يعيش أصحاب المهن الحرة من ممارسة مهنتهم ، فأجبر لهم ، لأن يأخذوا أجراً . *(salaire)* ، بل أن يتقاضوا أتعاباً تحمل معنى التقدير *(honoraires)* ، يطالبون بها لا بموجب دعوى الوكالة بل بدعوى أخرى غير عادية

(١) فالملك على الشيوع أو الورثة إذا وكلوا أحدهم في إدارة الملك الشائع أو الشركة ولم يكن هناك اتفاق على أجر ، كانت الوكالة غير مأجورة (جريتوبيل ٢ يولييه سنة ١٨٩٤ مجموعة جريتوبيل ٩٤ - ٢٥٣ - يودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٢٧ ص ٣٨٣ هامش ٣) . والشركاء إذا وكلوا أحدهم في تصفية الشركة أوفى إدارتها أو في قبض ديونها دون اتفاق على أجر ، كان الشريك الوكيل متبرعاً .

وقد قفت محكمة النقض بأن الأصل في الوكالة أنها تكون تبرعية أجر مقابل ، ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك أو شرط غسنى يتضح من حالة الوكيل . فإذا استندت المحكمة إلى أن ناظر الوقف كان يعمل تبرعاً أجر إلى إقراراته المتكررة ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون ، ولا يفيل من هذا الناظر قوله إنه لا يصح أن يثرى الوقف على حساب جهوده ، فإن دعوى الإثراء على حساب الغير لا يكون لها محل إلا إذا لم توجد رابطة عقدية بين المتخاصمين ، وهى ليست حالته (نقض مدنى ١٤ يولييه سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٥ ص ٧٢٢) .

(persecutio extra ordinem)^(١) . وانتقلت هذه التقاليد إلى القانون الفرنسي القديم ، فكانت الوكالة فيه تبرعية حتماً ، وإذا أعطى الوكيل أجراً لم يكن هذا الأجر بموجب عقد الوكالة ذاته ، بل بموجب عقد مستقل هو عقد تبرع آخر ولكن من الموكل للوكيل للتدليل على اعترافه بالجميل ، فكان الوكيل يتبرع بالعمل والموكل يتبرع بالأجر^(٢) .

وحمل التقنين المدني الفرنسي طابع هذه التقاليد ، إذ هو بعد أن أقر ، مطاوعة لتطور الظروف ، أن يأخذ الوكيل أجراً دون أن تكون عليه غشاضة في ذلك ، فهو يكسب عيشه من مهنته وله أن يطالب بأجره بموجب عقد الوكالة ذاته ، إلا أن الوكالة جعلت في هذا التقنين تبرعية في الأصل ، ولا يكون للوكيل أجر إلا إذا اتفق عليه مع الموكل . وتأثر القضاء الفرنسي بأن أجر الوكيل لا يكون إلا باتفاق ، فذهب إلى أنه حتى مع وجود هذا الاتفاق يجوز للقضاء تخفيض أجر الوكيل كما سئرى . وتابع التقنين المدني المصري القديم هذه التقاليد ، ونص على أن « يعتبر التوكيل بلامقابل ، ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك ، أو شرط ضمني يتضح من حالة الوكيل » (م ١٣/٥٢٧) ، كما نص صراحة على أن « الاتفاق على مقابل معين لا يمنع من النظر فيه بمعرفة القاضي وتقدير المقابل بحسب ما يستصوبه » (م ١٤/٦٢٨) . ونقل التقنين المدني المصري الجديد هذا كله عن التقنين المدني القديم ، وتمثل ذلك كما رأينا في نص المادة ٧٠٩ .

٢٧٦ — بوجع اتفاق على الأجر : ويخلص مما تقدم أن الوكيل لا يأخذ أجراً إلا إذا وجد اتفاق على ذلك . وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً ، ولكن في كثير من الأحوال يكون هذا الاتفاق ضمناً^(٣) . وقد أشارت الفقرة الأولى

(١) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٣٧٨ ص ١٨٥ وفقرة ٧٢٦ ص ٣٨١ - ص ٣٨٢ .

(٢) دوما (Domat) الكتاب الثالث الباب الخامس عشر القسم الثاني فقرة ١ - بوتييه في الوكالة فقرة ٢٢ - فقرة ٢٣ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٣٧٨ ص ١٨٥ - ص ١٨٦ وفقرة ٧٢٦ .

(٣) وسواء كان الاتفاق صريحاً أو ضمناً ، فبإثباته يقع على الوكيل ، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كانت الوكالة مأجورة (نقض فرنسي ١٤ مارس سنة ١٨٨١ دالوز ٨١ - ٤٨ - أول مارس سنة ١٨٨٦ سيرييه ٨٦ - ١ - ٣١٤ - ٢٨ مارس سنة ١٨٨٧ =

من المادة ٧٠٩ مدني صراحة إلى ذلك حين تقول : « الوكالة تبرعة ، مالم يتفق على غيره ذلك صراحة ، أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل » .

وأبرز حالات الوكيل التي يستخلص منها ضمناً أن الوكالة مأجورة هي مهنته^(١) . فإذا كان الشخص يحترف مهنة يكسب منها عيشه ، فالمفروض أن الوكالة التي تدخل في أعمال هذه المهنة تكون مأجورة . فمن وكل محامياً أو وكيلًا بالعمولة أو سمساراً أو رجل أعمال أو مأمور تفليسة (سنديك) أو مصرفاً أو صيرفياً أو غير هؤلاء ممن يحترفون مهنة بتكسيون منها ، وخاصة إذا كانت هذه المهنة تجارية^(٢) ، يكون قد اتفق ضمناً مع الوكيل على إعطائه أجرأ كما هي العادة^(٣) . وقد انتشرت الوكالة المأجورة في الحياة العملية ،

سيرة ٨٨ - ١ - ٧٧ - أول ديسمبر سنة ١٨٩١ سيرة ١ - ٩٣ - ٩٧ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٣٥ - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ ص ٩٢٤ وص ٩٢٥ - أنسكلويدى فالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٩١ - محمد كامل مرسى فقرة ١٧٢ .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « والأصل أن تكون الوكالة بغير أجر ، إلا إذا اتفق صراحة على الأجر أو استخلص هذا الاتفاق من حالة الوكيل كأن تكون الأعمال التي يقوم بها هي من أعمال حرفته ، كما هو الأمر بالنسبة للمحامي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٢٢) . وقد يستفاد الاتفاق الفسنى من ظروف التعاقد الأخرى غير حالة الوكيل (نقض حلف ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة ص ٥ وقم ٢٦٠ ص ٥٢٣) .

(٢) استئناف وطني ١١ فبراير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٣٥٧ - ٩ مارس سنة ١٩٠٥ الاستئناف ٤ ص ٢٢٦ - استئناف مخطط ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٨٢ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٢ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٢٨ - محمد كامل مرسى فقرة ١٧٠ ص ٢٢٣ - ص ٢٢٤ .

(٣) نقض فرنسي ٨ يناير سنة ١٨٩٠ فالوز ٩١ - ١ - ٢٢ - أول ديسمبر سنة ١٨٩١ سيرة ٩٣ - ١ - ٩٧ - ١٥ يولييه سنة ١٨٩٦ فالوز ٩٦ - ١ - ٥٦١ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٧ جازيت دي پاليه ١٩٢٨ - ١ - ٢١٣ - ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ جازيت دي پاليه ١٩٣٠ - ٢ - ١٢٥ - أول يولييه سنة ١٩٣٦ فالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ٤٢٨ - جيوار فقرة ١١ وفترة ١٣ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٢٩ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٥ حاشي ٦ (٢) - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ - عل أن صاحب المهنة المحررة قد يكون وكيلًا غير مأجور في أعمال مهنته ، إذا تبين من الظروف أنه قصد القيام بالوكالة دون أجر لصداقة أو قرابة تربطه بالموكل مثلاً (نقض فرنسي ٢٨ مارس سنة ١٨٨٧ سيرة ٨٨ - ١ - ٧٧) ، أولان له مصلحة شخصية في القيام بالوكالة ولو بدون أجر (نقض فرنسي ٢٩ يولييه سنة ١٨٨٠ فالوز القضاء العام الملحق لفظ avoué فقرة ٢٧ - أوبري ورو وإسبان فقرة ٤١٤ ص ٢٢٥ حاشي ٦ (٢) - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ - ١٤٨٣ - ٩٢٥) .

حقى طفت على الوكالة غير المأجورة وهي الوكالة التي يقوم بها الصديق تفضيلاً وبجملته ، وحتى أصبح الواقع هو عكس القانون ، فالوكالة تكون في الكثرة الغالبة من الأحوال مأجورة مالم يشترط أوتبين من الظروف أنها غير مأجورة^(١) . وتقدير ما إذا كانت الوكالة مأجورة أو غير مأجورة يترك لقاضي الموضوع^(٢) .

ويغلب أن يكون أجر الوكيل مبلغاً من النقود ، ولكن لا شيء يمنع من أن يكون غير نقود ، كما إذا اتفق الوكيل مع الموكل على أن يأخذ أجره حصة من العين التي يشتريها بالوكالة عنه . وسنرى أن المحامي ، استثناء مما تقدم ، لا يجوز أن تكون أتعابه جزءاً من الحق المتنازع فيه .

وإذا اتفق على أجر ، صراحة أو ضمناً ، فيغلب أن يكون الأجر مستحقاً للوكيل ولو لم ينجح في مهمته^(٣) ، فهو إنما يؤجر على ما يبذل من جهد دون نظر إلى ما يفضي إليه هذا الجهد من نتائج ، إذ أن التزامه كما قلنا هو التزام يبذل عناية لا التزام بتحقيق غاية^(٤) . ولكن لا شيء يمنع من الاتفاق على أن

(١) يوردى وقال في الوكالة فقرة ٣١٣ ص ١٧٦ وقرة ٧٢٧ ص ٢٨٢ - فإذا تبين أن الوكالة غير مأجورة ، لم يجوز للوكيل أن يطلب بأجر على ما يبذل من جهد بموجب قواعد الإثراء بلا سبب ، فإن هذه القواعد لا محل لتطبيقها إلا حيث لا توجد رابطة عقدية بين الطرفين (نفس محق ١٤ يولييه سنة ١٩٤٥ بمجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٥ ص ٧٢٢ وقد سبقَت الإشارة إلى هذا الحكم ألفاً نفس الفقرة في المحاش) .

(٢) استئناف مخطط ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٤٧ - وقد قضى بأن إدارة الوكيل لأموال الموكل مدة طويلة وانقطاعه لذلك ، دون أن تكون بينهما صلة قرابة ، ودون أن تكون حالة الوكيل المالية تسمح بالانقطاع لعل دون أجر ، كل ذلك يستخلص أنه أن الوكالة مأجورة (استئناف مخطط ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩) - وانظر أيضاً استئناف مخطط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٧ م ٣٩ ص ١٨٦ .

(٣) يوردى وقال في الوكالة فقرة ٧٠٤ وقرة ٧٣٣ وقرة ٧٤٢ - أوبرى ورو وإيمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٥ .

(٤) وقد قضى بأن الوكيل يستحق أجره ورد ما تكبده من المصاريف في سهل أداء للمأمورة التي كلفه بها الموكل ، بنفس النظر عن النتائج إن كانت حسنة أو غير حسنة ، ما دام أن الموكل لم يقدم أى دليل على أن الوكيل ارتكب خطأ أدى إلى النتيجة السيئة ، كذلك إذا لم يكن هناك شرط بينهما يعلق ترتيب أجره الوكيل أو مقادراً على النتيجة الحسنة (مصر الوطنية ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ١٤ رقم ١٣٦ ص ٢٥٨) .

يكون التزام الوكيل التزاماً بتحقيق غاية ، ويحصل ذلك غالباً في توكيل الوسطاء والسباسة والطوافين والممثلين التجاريين والخواصين ومتدوني التأمين ورجال الأعمال في عقد الصفقات ، على ألا يؤجروا إلا إذا عقدوا هذه الصفقات ومقدار ما عقدوا منها^(١) . ومن ذلك أن يتفق الموكل مع المحامي على ألا يستحق الأتعاب ، أو على ألا يستحق المؤخر منها ، إلا إذا كسب الدعوى . ويقع ذلك أيضاً إذا عهدت شركة إلى وكلاء لها في مناطق معينة بعقد الصفقات كل في المنطقة المحددة له ، ولا يأخذ الوكيل أجراً إلا على الصفقات التي يعقدها ، ويكون الأجر عادة نسبة مئوية من قيمة الصفقة ، ويغلب أن يكون الوكيل في هذه الحالة محتكراً لمنطقته ، فلا يجوز للشركة أو لوكيل عنها آخر أن يعقد صفقة في هذه المنطقة إلا بوساطته^(٢) ، وإذا وقع ذلك فإن الوكيل يستحق

(١) استئناف وطني ٩ مارس سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٢٢٦ - ١٩ مايو سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٤ ص ١٣٠ - ٢١ فبراير سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٨ ص ٣٣٠ - استئناف غلظط ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٨٩ ص ٢ م ٣٥٤ - ٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٣٥ - نقض فرنسي ١٥ يولي سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٦ - ١ - ٥٦١ . عل أن الوكيل يستحق الأجر ولو لم يعقد الصفقة ، إذا كان علم عقدها راجعاً إلى خطأ الموكل أو إلى تمتع في علم إتمام الصفقة أو التصديق عليها أو تنفيذها بعد أن توافرت جميع الشروط المطلوبة (نقض فرنسي ١٨ يونيو سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٤٨٧ - ٢ يناير سنة ١٩٢٩ سيري ١٩٢٩ - ١ - ١٨٨ - ١٤ يونيو سنة ١٩٢٢ سيري ١٩٢٢ - ١ - ٣٣٣ - باريس ٢٩ يناير سنة ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٧ - ٢ - ٢٤ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعي ١٩٢٧ - ٤٦٨ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعي ١٩٢٨ - ١٤١ - بودوي وقال في الوكالة فقرة ٧٤٢ - أوبري ورو وإسان ٦ فقرة ١٤ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦ - بلانويول وديبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ ص ٩٢٦) .

ذلك لا يوجد ما يمنع من أن يكون الأجر مرهوناً ، لا بعقد الصفقة فحسب ، بل أيضاً بجملة العمل التي تعاقده مع الوسيط ، ويستحق الجوابون والطوافون والممثلون التجاريون عامة أجورهم على ما يحصلونه من العملاء بعد إتمام الصفقة (نقض فرنسي ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٢٩ دالوز ١٩٣٠ - ١ - ٩٦ - بلانويول وديبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ ص ٩٢٦ - ص ٩٢٧ - محمد كامل مرسى فقرة ١٧١ ص ٢٢٥) .

(٢) واحتكار الوكالة لا يفترض ، بل يجب اشتراطه ، وقد يستخلص شرط الاحتكار من العرف أو من الظروف (جرينوييل ١٨ يونيو سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٥ - ٥ - ٤٦٨ - باريس ٢٦ فبراير سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٩ - ٢ - ١١) . فلذا وجد شرط الاحتكار ، لم يجز للموكل أن يعقد صفقة دون وساطة الوكيل المحكّر ، حتى لو كانت هذه الصفقة بشروط أن ما اتفق عليه مع الوكيل . أما إذا لم يوجد شرط الاحتكار ، فإنه يجوز للموكل أن يعقد صفقات دون وساطة الوكيل ، وإن كانت الظروف في بعض الأحوال قد تبرر رجوع الوكيل بما أنفقه =

الأجر عن الصفقة التي عقدت بلون وساطته^(١) ، وهذا ما يسمى بالاتفاق على احتكار الوكالة (convention d'exclusivité) ، كذلك يكون الأجر في الوكالة مرهوناً بإتمام الصفقة إذا عهد مؤلف إلى ناشر ببيع نسخ من كتابه ، على أن يتقاضى عمولة عن كل نسخة يبيعها . وتكون عادة نسبة مئوية من ثمن النسخة . ويغلب أن يكون الناشر محتكراً لبيع الكتاب^(٢) .

وإذا كان شخص واحد هو الوكيل عن الطرفين في الصفقة ، وعلم كل منهما بذلك . استحق الوكيل الأجر المتفق عليه من كل من الطرفين . وإذا تعدد الوكلاء في الصفقة الواحدة . لم يكونوا متضامنين في استحقاقهم للأجر ، بل يقسم الأجر عليهم بالتساوي : إلا إذا وجد اتفاق بخلاف ذلك^(٣) .

٢٧٧ — مقرر الأمور : أما مقدار الأجر ، إذا اتفق على أن تكون الوكالة مأجورة . فقد لا يقوم الطرفان بتعيينه ، بأن يقتصر الوكيل على اشتراط الأجر دون أن يتفق مع الموكل على تعيين مقداره ، أو كما هو الغالب بأن يكون الاتفاق على الأجر ضمناً مستخلصاً من مهنة الوكيل أو من أى ظرف آخر فيكون هناك اتفاق ضمني على أن تكون الوكالة مأجورة دون تعيين لمقدار الأجر . ففي جميع هذه الأحوال . إذا اختلف الطرفان في تعيين مقدار الأجر ، تولى القاضي تعيين هذا المقدار ، ويرجع في ذلك إلى أهمية العمل وإلى ما يقتضيه

= من مصروفات (باريس ٢٦ فبراير سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٩ - ٢ - ١١ وهو الحكم السابق الإشارة إليه - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ ص ٩٢٦ وهاش ٧) . كذلك يجوز ، حتى بعد انتهاء الوكالة ، أن يعطى الوكيل أجراً يقدره القاضي عن صفقة يقدمها الوكيل بعد انتهاء الوكالة (نقض فرنسي ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٣٠ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠ - ٥٥٤) - انظر في القول بأن شرط الاحتكار (للقتصر) باطل أكرم أمين المحل فقرة ١٩٦ ص ٢١٧ هاش ١ - ونرى أن الشرط صحيح على أن يكون شرطاً معقولاً (raisonnable) ، ويغلب أن يكون معقولاً إذا كان محدوداً في الوقت أو في السبل (نقض فرنسي ٧ مايو سنة ١٩٢٤ جازيت دي پاليه ١٩٢٤ - ٢ - ٢١١ - باريس ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٢ جازيت دي پاليه ١٩٥٢ - ٢ - ١٠٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٥) .

(١) ديجون ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ جازيت دي پاليه ١٩٢٨ - ١ - ٢٢٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ ص ٩٢٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٨١ .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ ص ٩٢٧ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٧١

من جهد يبذله الوكيل ، كما يرجع إلى العرف^(١) . وقد نصت المادة ٧٩٥ من تقنين الموجبات والعقود البنائي في هذا الصدد على أنه « إذا لم يكن الأجر مسمى ، فإنه يعين بناء على العادة المرعية في المكان الذي انعقدت فيه الوكالة ، وإلا فيحسب الظروف »^(٢) . وقضت الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ بأن يدخل في تقدير أتعاب المحامي أهمية الدعوى وثروة الموكل ، والجهد الذي يبذله المحامي . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في أتعاب المحامي .

ولكن الغالب ، إذا اتفق على أن تكون الوكالة مأجورة ، أن يتفق الطرفان أيضاً على مقدار الأجر . والأصل أن يسرى هذا الاتفاق ، فيتقاضى الوكيل من الموكل المقدار المتفق عليه دون نقص أو زيادة ، أيا كانت النتيجة التي وصل إليها الوكيل في تأدية مهمته^(٣) كما سبق القول . ولكن إذا حالت قوة قاهرة دون أن يؤدي الوكيل مهمته ، أو أصبحت تأدية الوكالة مستحيلة بغير خطأ الموكل ، أو لم يتم الوكيل تأدية المهمة ، فإنه لا يستحق أجر أو ينخفض مقدار الأجر المتفق عليه بحسب الأحوال ، ويترك ذلك لتقدير القاضي^(٤) . وقد نصت المادة ٧٩٤ من تقنين الموجبات والعقود البنائي في هذا الصدد على أنه « لا يحق للوكيل الأجر المتفق عليه : أولاً - إذا منته قوة قاهرة عن الشروع في تنفيذ الوكالة . ثانياً - إذا كانت القضية التي وكل بها قد انتهت قبل تمكنه من الشروع فيها . ثالثاً - إذا لم تتم القضية التي من أجلها أعطيت

(١) استكانت مخطط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٣ ص ٢٦٢ - نقض فرنسي ٢٨ مارس سنة ١٨٨٧ سيرة ٨٨ - ١ - ٧٧ - ٨ يناير سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٢٢ - جيوار فقرة ١٦٣ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٤٩ - فقرة ٧٥٠ - بلانيول دزيير وسالتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٧ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧٣ في الماش .

(٣) وحتى لو اتفق على أن الأجر لا يستحق إلا إذا تمت الصفة ، فإن الأجر يكون مستحقاً إذا تمت ، ولو لم تنفذ بعد تمامها أو فسخت أو أبطلت (نقض فرنسي ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ١ - ١١٨ - باريس ٢ مايو سنة ١٨٧٤ سيرة ٧٦ - ٢ - ٤٢٤ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٤٢ .

(٤) ترولون فقرة ٦٤١ وما بعدها - بون ١ فقرة ١١٠٦ - لوران ٢٧ فقرة ٢٧ - جيوار فقرة ١٦٥ و فقرة ١٦٨ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٤٣ - باريس ٩ يونيو سنة ١٨٦٩ سيرة ٧١ - ٢ - ١٤٩ .

الوكالة ، ويراعى في هذه الحالة الأخيرة العرف التجارى أو المحلى على أنه يحق للقاضى أن ينظر فيما إذا كان يجب إعطاء الوكيل تعويضاً ، مراعاة لمقتضى الحال ،^(١) . كذلك غنض مقدار الأجر المتفق عليه على سبيل التعويض ، إذا كتب الوكيل خطأ في تنفيذ الوكالة يستوجب مسئوليته^(٢) .

ومع مراعاة كل ما قدمناه يبقى أن مقدار الأجر المتفق عليه ، إذا كان في الأصل واجب الاحترام لأن اتفاق الطرفين انعقد عليه ، قد ورد في شأنه نص خاص يميزه عن الأجر المتفق عليه في العقود الأخرى كالإيجار والمقاوله والوديعة . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ مدنى ، كما رأينا ، على ما يأتى : « فإذا اتفق على أجر للوكالة ، كان هذا الأجر خاصاً لتقدير القاضى ، إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة » . وخضوع مقدار أجر الوكيل المتفق عليه لتقدير القاضى بقية تخلفت ، كما قدمنا ، عن طابع الوكالة التبرعى الذى لازمها في القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم . ولما وردت النصوص صريحة في التقنين المدنى الفرنسى بجواز أن يأخذ الوكيل أجراً إذا اتفق مع الموكل على ذلك ، بقى القضاء الفرنسى متأثراً بأن الأصل في الوكالة أن تكون تبرعية ، فتمد إلى تقرير قاعدة تقضى بجواز تخفيض أجر الوكيل إذا قدر القاضى أن هذا الأجر مبالغ فيه^(٣) . ولم يستند القضاء الفرنسى في ذلك

(١) انظر ألفاً فقرة ٢٧٣ في الهامش .

(٢) نقض فرنسى ٧ أغسطس سنة ١٨٢٧ سيرة ٣٧ - ١ - ٨٨٩ - ١٨ أبريل سنة ١٨٥٥ سيرة ٥٥ - ١ - ٥٢٧ - ١٢ يناير سنة ١٨٦٣ سيرة ٦٣ - ١ - ٢٤٩ - ٩ مايو سنة ١٨٦٧ سيرة ٦٧ - ١ - ٢٤٥ - ٢٤ يولية سنة ١٨٧٢ سيرة ٧٥ - ١ - ١٥٦ - جيوار فقرة ١٦٤ - بودرى وفال في الوكالة فقرة ٧٤٧ - بلانويول وريير وسافانيه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٧ .

(٣) نقض فرنسى أول يولية سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ - ١ - ٤٦٤ - ١٢ يناير سنة ١٨٦٣ دالوز ٦٣ - ١ - ٣٠٢ - ٩ مايو سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ١ - ٢٤٦ - ٢٩ يناير سنة ١٨٦٧ دالوز ٦٧ - ١ - ٥٣ - ٨ أبريل سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٣ - ١ - ٢٥٩ - ٢٨ فبراير سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٨ - ١ - ٧٨ - ١٣ مايو سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ١ - ٢١ - ٢٤ فبراير سنة ١٨٩١ دالوز ٩١ - ٥ - ٣٣٧ - ٢٩ فبراير سنة ١٩٠٤ سيرة ١٩٠٧ - ١ - ٣٨٩ - ٢٧ يناير سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ١٥٥ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٣ - ١ - ١٢٩ - ١١ مارس سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٤٠٨ - ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٢٧١ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت دي پاليه ٣

إلى نص بل كان قضاء اجتهادياً^(١) . ومن ثم انقسم الفقه الفرنسى فى هذه المسألة^(٢) . ونقل التتبع المدنى المصرى القديم هذه القاعدة كما قدمنا عن القضاء

= ١٩٢٠ - ٣٠ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ سريه ١٩٢٨ - ١ - ١١١ - ٣١ يناير سنة ١٩٣٩
جازيت دى پاليه ١٩٣٩ - ١ - ٦١٣ - ٨ يوليه سنة ١٩٤٢ جازيت دى پاليه ١٩٤٢ - ٢ -
(١٧٧) .

وأكثر ما يصد القضاء الفرنسى إلى تخفيضه هو أجر الوكيل إذا كان مسافراً أو وكيلاً بالعمولة
ومن رجال الأعمال . فإن هؤلاء كثيراً ما يستغلون جهل العميل أو حاجته الشديدة فيشترطون
لأنفسهم أحواراً باهظة ، تكون غالباً في صورة نسبة مئوية مما يحصلونه حساب العميل (بلانيول
وديبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٨ - دى پاچ ٥ فقرة ٤٣١) . ولكن القضاء
الفرنسى لم يقف عند أجور هؤلاء ، بل شمل بقاعدته أجر الوكيل أياً كان (بلانيول وديبير
وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٨ - ص ٩٢٩ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat
فقرة ٣٠٢) .

(١) وقد استحدث به حالة جديدة من حالات التبع بين البالى من الرشد : يبدان ١٢
فقرة ٣١٩ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٦٥ (وقد جاء فيه أن الفقهاء الرومانيين
لم يقصدوا بإدخال الأطباء والمحامين في دائرة الوكالة تعظيم شأنهم عن أن يكونوا أجراً فحسب ،
بل قصدوا أيضاً إخضاع دعوهم في الأجر للرقابة) .

ويذهب الأستاذ أكثم أمين الخولى إلى أن نص المادة ٧٠٩/٢ منق « يتضمن حالة خاصة يستند
فيها القانون بالنظر في القيمة ، ولا يرتب على هذا اللفظ إلا تعديل الأجر » (أكثم أمين الخولى
فقرة ١٩١ ص ٢٤٠ هامش ١) . وإذا كان الموكل في كثير من الأحوال ، عندما يتفق مع الوكيل
على أجر باهظ ، يسوقه إلى ذلك خطأ في تقدير أهمية العمل محل الوكالة ، فإنه في أحوال أخرى
لا يكون خطأ في تقدير أهمية العمل ولكن الظروف تقضيه إلى قبول كل ما يشترطه الوكيل ،
وسوى أن القضاء المصرى يستند في تخفيض أجر الوكيل إلى كل من الاعتبارين (انظر ما يلى
نفس الفقرة في الهامش) .

(٢) فريق من الفقهاء في فرنسا جاشون القضاء الفرنسى ، لا على أساس من القانون ،
بل على أساس من العدالة : ترويون فقرة ٦٣٢ - بون ١ فقرة ١١٠٩ - جيوار فقرة ١٦٤
وفقرة ١٦٦ - يبدان ١٢ فقرة ٣١٨ - بلانيول وديبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص
٩٢٨ - چوسران ٢ فقرة ٤١٤ - وفريق آخر يمارض هذا القضاء ويعقب إلى عدم جواز
تعديل مقدار أجر الوكيل المتفق عليه مادام لا يوجد في القانون نص يميز ذلك ، وشأن الوكالة
في ذلك شأن سائر العقود : ديمولومب في حلة التشريع ٢٦ سنة ١٨٤٦ ص ٤٤٥ - جلاسون
في تعليقه في دالوز ٩٢ - ٢ - ٢٨١ - ليون كان في تعليقه في سبييه ٨٧ - ٢ - ٢٨٢ -
بلانيول ٢ فقرة ٢٢٣٦ - أوبري وروو ٦ فقرة ٤١٤ ص ١٧٨ - ص ١٧٩ (وفي أوبري وروو
وإيمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٦ هامش ٩ ورد أن القضاء الفرنسى قد استقر على جواز تعديل
أجر الوكيل متابعاً في ذلك تقاليد توطلت منذ مدة طويلة) - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٣٨ -
وقرب بلانيول وديبير وبولاتيه ٢ فقرة ٣٠٣٨ .

الفرنسي بنص صريح . ثم نقلها التقنين المدني المصري الجديد كما رأينا في الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ . وبنيت القاعدة في التقنين المصري على أساس أن التصرف القانوني الذي يعهد به إلى الوكيل يكون عادة أدق في تقدير الأجر عليه من العمل المادي الذي يعهد به إلى المقلول . فإذا اتفق المتعاقدان على مقدار الأجر قبل أن ينجز الوكيل مهمته . فقد يظهر بعد إنجاز المهمة أنهما أخطأ في تقدير هذا المقدار ، فأجاز القانون للقاضي أن يصحح هذا الخطأ ، وجعل مقدار الأجر خاضعاً لتقديره^(١) . ويرتب على هذا الأساس الذي قدمناه أمور ثلاثة :

(١) وتضيف أحكام القضاء المصري إلى عامل الخطأ في تقدير الأجر عامل اضطراب الموكل إلى قبول ما يشترطه الوكيل ، فيدخل إدارة المتعاقدين مزيج من خطأ يقارب القتل واضطرار يقارب الإكراه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الحق الممنوح للقاضي بالمادة ٩١٤ مدني (قديم) بتعديل المقابل المتفق عليه بين الموكل والوكيل هو حق استثنائي ، ليرجع الثاني إليه في تقدير الأتعاب عند ما تظهر له قرائن تدل على أن الموكل كان محاماً بطرف تضطره لقبول كل ما يشترطه الوكيل للاتفاق على مقابل غير مناسب للعمل الذي يؤديه ، وعند عدم وجود هذه الظروف تتبع القاعدة بأن ما يتفق عليه المصوم يكون ملزماً فم (استئناف وطني ٢٩ يناير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٤٧ ص ٩٧) وقضت أيضاً بأن محل تطبيق المادة ١٤٤ مدني (قديم) هو أنه يظهر بعد حصول الاتفاق على الأتعاب أن العمل لم يكن بدرجة الأهمية التي كانت متوقعة له ، أما فيما عدا ذلك فلا محل لتزويل الأتعاب عن القيمة المتفق عليها ولو رأى القاضي أن العمل الذي عمله الوكيل لا يساوي القيمة التي سجلها الاتفاق عليها ، بل فمثل هذه الحالة يشتر الموكل متبوعاً بالزيادة (استئناف وطني ١١ يناير سنة ١٩٢٥ للشرائع ٢ رقم ١٦٧ ص ١٥٢) . وقضت محكمة مصر الوطنية بأن الموكل قد يكون أحياناً كثير الشغل بالأمر الذي يريد الوصول إليه بواسطة الوكيل ، أو يكون مضطرب البال خائفاً من عدم إمكانية الوصول إلى مبتغاه إلا بسمي شخص معين يثق بمقدرته ، أو في أية حالة أخرى من مثل هذه الأحوال التي ربما تؤثر على أفكاره تأثيراً يجعله على اتعهد الوكيل بمقابل يزيد كثيراً عما يقتضيه الأمر . ولما كانت هذه المؤثرات غير كافية للحكم ببطء العقد بحسب القواعد العمومية ، إذ هي ليست من قبيل الإكراه الأدبي ، وليس فيها شيء من قبيل الخش والتدليس ، فالشارع وضع الاستثناء الهككي عنه وقاية لحقوق الموكل في مثل تلك الأحوال (مصر استئناف ٢١ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٦٧) . وأنبأ أيضاً : أسويط استئنافي أول يولييه سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٧٧ ص ١٢٨ - الجزية الجزئية ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٩ الحاميات ١٩ رقم ٥٠٣ ص ١٢٩٩ - اللعنجات ١٧ مايو سنة ١٩٣٩ الحاميات ١٩ رقم ٥٥٥ ص ١٤٨٢ - طالبين ١٥ مارس سنة ١٩٤٠ الحاميات ٢٠ رقم ٤٣٤ ص ١٠٣٤ - استئناف مخطوط ٢٩ مارس سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٦ - ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٤٧ - ٤ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٣٢ - ٢ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٠١ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٦٥ - ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٣٨ - ١١ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٤٣ .

(الأمر الأول) أنه يجوز للقاضي ، لتصحيح الخطأ الذي وقع فيه المتعاقدان في تعيين مقدار الأجر ، أن يزيد في هذا المقدار إذا كان غير كاف جزاء الوكيل على عمله ، كما له أن يخفضه إذا كان مبالغاً فيه ، إذ أن النص مطلق يشمل التخفيض والزيادة فهو يجعل الأجر « خاضعاً لتقدير القاضي » . ويتوقف ذلك على ما يتبين بعد تنفيذ الوكالة من أهمية العمل الذي قام به الوكيل ، وما لقي فيه من صعوبات ، وما أدى العمل إليه من نتائج . فإن ظهر أن مقدار الأجر يزيد كثيراً على قيمة العمل من هذه الناحية ، خفض القاضي هذا المقدار حتى يتكافأ الأجر مع العمل . وإن ظهر على العكس من ذلك أن العمل الذي قام به الوكيل تكشف عن أهمية غير متوقعة ، أو لقي فيه الوكيل صعوبات لم يكن يحسب لها حساباً^(١) ، أو أدى إلى نتائج تفوق كثيراً ما كان ينتظر ، زاد القاضي في مقدار الأجر حتى يكون مجزياً للجهود التي بذلها الوكيل أو للنتائج التي وصل إليها^(٢) . وإن ظهر أن المتعاقدين لم يخطئا في تعيين مقدار

(١) استئناف مخطئ ٢١ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٢٧ - ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠

٥٢٢ م ص ٢٦٢ .

(٢) يؤكد ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا الصدد إذ تقول : « إذا كان هناك اتفاق صريح على الأجر ، فإن هذا الاتفاق يخضع لتقدير القاضي ، يخفض الأجر أو يزيده تبعاً لما يتبين من الظروف ، إذ أن الطرفين قد يخطئان في تقدير قيمة العمل قبل تنفيذه ، فللقاضي أن يصحح هذا الخطأ . وهذا الحكم ، وإن كان مخالفاً للقواعد العامة في العقود ، هو من الأحكام التقليدية في الوكالة ، نقله التقنين المصري الحال (القديم) من القضاء الفرنسي ، ونقله المشروع من التقنين الحال (القديم) (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٢٢) . وعلى هذا جرى القضاء في مصر ، فقضت محكمة النقض بأن المادة ٥١٤ من القانون المدني (م ٧٠٩ مدني جديد) قد أتت بنص مطلق من أي قيد ، شامل بحكم حرمه لطرق الاتفاق كليهما ولكل تعديل في الأجر المتفق عليه ، سواء بالخط منه أو برفقه . فهي تحمي الموكل من الأجر الباهظ ، كما تحمي الوكيل من الأجر الزاكرس . وليس يحد من حرم هذه المادة ما جاء بالمادة ٤٤ من قانون المحاماة رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ التي لا تجل مجلس النقابة مختصاً بتقدير الأتعاب إلا في حالة عدم الاتفاق عليها ، فإن عمل تطبيق المادة ٤٤ هذه أن تكون الأتعاب غير متفق عليها ، أما المادة ٥١٤ فسلها الاتفاق على الأتعاب . وفي كان مجال تطبيق كل من المادتين مخطئا ، فلا يستقيم القول بأن أولاهما تخصص حرم الثانية (نقض مدني ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٥ ص ٤٤١) - وانظر أيضاً : استئناف وعلى ٢١ أبريل سنة ١٨٩١ الحقوق ١١ ص ٣٨١ - استئناف مخطئ ٢٥ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٧٥ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠٦ - محمد علي عرق ص ٣٩٧ - أكرم أمين المولى بقرة ١٩١ - ٢٣٨ - وقارن محمد كامل مرسى بقرة ١٧٦ ص ٢٢٦ .

الأجر ، فهو غير مبالغ فيه حتى يجوز تخفيضه ، وهو في الوقت ذاته كاف فلا محل لزيادته ، كان على القاضي أن يحترم إرادة المتعاقدين فلا ينقص في الأجر ولا يزيد . ويجرى القضاء الفرنسي ، كما رأينا ، على أن أجر الوكيل يجوز تخفيضه ، ولكن لا يجوز زيادته^(١) .

(الأمر الثاني) أنه يمنع على القاضي أن يعدل في مقدار الأجر بالنقص أو بالزيادة إذا دفع الموكل المقدار المتفق عليه طوعاً بعد تنفيذ الوكالة . ذلك أن دفع الموكل مقدار الأجر طوعاً وقبض الوكيل لهذا الأجر ، بعد أن تبين من تنفيذ الوكالة قيمة ماأداء الوكيل من عمل ، يكون بمثابة إقرار منهما بأن هذا العمل يستحق هذا المقدار من الأجر^(٢) . وحتى لو فرض أن مقدار الأجر يزيد على قيمة العمل أو ينقص ، فإن الموكل يدفعه طوعاً كل مقدار الأجر بعد أن تبين قيمة العمل يكون متبرعاً بالزيادة في الأجر ، وكذلك الوكيل يكون متبرعاً بما ينقص فيه ، وليس في هذا التبرع من كلا الجانبين ما يخالف النظام العام^(٣) . وقد نصت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩

= وإذا خفض القاضي الأجر وكان الموكل قد عبئه كاملاً الوكيل ، جاز للأول أن يسترد الفرق من الثاني (استئناف مخطط ١٦ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٣٨ - نقض فرنسي أول مارس سنة ١٩٣٢ جازيت دي پاليه ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٢ . أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ١٤٤ ص ٢٢٦ - ص ٢٢٧ - بلايول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٩ - محمد علي عرفة ص ٣٩٧) . ولا يدفع عن الفرق الواجب رده فوائد إلا من وقت المطالبة القضائية بها طبقاً لقواعد العامة (جيبوار فقرة ١٤٦ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٤٤ - محمد علي عرفة ص ٣٩٧) .

(١) السنين ٩ يناير سنة ١٨٩٤ *La Loi* ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٤٥ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ، وهي تشير إلى ما زاده انشروع أخيراً من انقضاء المصري في عهد اثنين المفق القديم : « وزاد فيه ما أدخله القضاء المصري من التعديل في هذه المسألة ، إذ قضى بأن الأجر إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة ، لا يجوز به ذلك لقاضي أن يعدل فيه بالنقص أو بالزيادة . ذلك لأن الطرفين قد تبينا بعد تنفيذ الوكالة أهمية العمل الذي قام به الوكيل ، فإذا دفع الموكل الأجر المتفق عليه طوعاً بعد ذلك وقبض الوكيل ، فهذا دليل على أنهما لم يريا ما يقتضى تعديل الأجر ، فلا محل إذن لتحكيم القاضي » (مجموعة الأعمال التمهيدية ص ٢٢٢) .

(٣) بل يمكن أن يحصل ذلك على أنه من حطاي الكفاية لوجبات الجزاء *(dons rémunérés)* (انظر الوسيط • فقرة • ص ١٦) .

مدنى صراحة على هذا الحكم ، إذ قضت بعدم جواز تعديل مقدار الأجر « إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة » . وعلى هذا جرى القضاء الفرنسى (١) ، وجرى القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى القديم (٢) . وجرى القضاء أيضاً على عدم جواز تعديل مقدار الأجر ولو لم يدفعه الموكل ، إذا كان قد اتفق عليه مع الوكيل بعد تنفيذ الوكالة ، أى بعد أن يتبين قيمة العمل الذى قام به الوكيل (٣) . ولاشئ فى التقنين المدنى المصرى الجديد يمنع من الأخذ

- (١) نقض فرنسى أول مارس سنة ١٩٣٢ جازيت دى پاليه ١٩٣٢ - ١ - ٧٨٠ - باريس ١٣ مايو سنة ١٨٩١ جازيت دى پاليه ٩١ - ٢ - ٢٧٠ - ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ - ٥٩٩ - السين ٢ ديسمبر سنة ١٨٩١ Le Droit ١٧ مارس سنة ١٨٩٢ - وانظر فى الفقه الفرنسى بوردو وقال فى الوكالة فقرة ٧٤١ - أوبرى ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٧ - چوسان ٢ فقرة ١٤١٤ - أنجكلويدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٠٤ .
- (٢) وقد قضت محكمة النقض بأن حكم المادة ٥١٤ من القانون المدنى (القديم) لا ينسب إلا على الاتفاقات التى تحصل قبل أداء الوكيل العمل الذى عهد به إليه (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٩ ص ٦٠) . وانظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢٠ ص ٣٦٦ - ٣ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٠١ - ١١ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٤٨ - ٢١ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١١١ - ٣ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٥ - ١٣ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١٥ - ٢٠ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤٠ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٢٨ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٦٥ - ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٣٨ - ١١ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٠ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٩ ص ١٠٦ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢٦ .

(٣) القضاء المصرى : قضت محكمة النقض بأنه مادام الموكل - إذ قدر أجر وكيله بعد إتمام العمل - قد كان ملماً بما أجراه الوكيل ، وكان على بينة من الأمر عند إجراء هذا التقدير ، فالتمسوى بالمادة ٥١٤ من القانون المدنى (القديم) لا يفيد ، إذ أن حكم هذه المادة لا ينسب إلا على الاتفاقات التى تمضى قبل أداء الوكيل العمل (نقض مدنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٧ ص ٧٤٥ - وانظر أيضاً نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٩ ص ٦٠) - وانظر أيضاً : استئناف وطنى ٩ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ١٥ ص ٢٢ - ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٢٤ ص ٥١ - ١٦ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة ٥ رقم ٣٠ ص ٢٢ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٠ المجموعة ١٠ رقم ٤٤٠ مصر الوطنية ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة ٧ رقم ٣٥١ ص ٥٠٣ - استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢١٢ - ٦ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٠٦ - ٣١ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٠٠ - ١٦ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٣٨ . ومما يمنع إعادة النظر فى أجر الوكيل وتخفيفه أن يكون الوكيل قد قبل ألا يأخذ أجراً إذا خسر الدعوى ويتحمل فوق ذلك بالمصروفات (استئناف مختلط =

هذا الحكم ، ويمكن أن تقاس هذه الحالة على حالة ما إذا دفع الموكل طوعاً
المقدار المتفق عليه في عقد الوكالة بعد تنفيذها ، لأحد الملة ، ففي الحالتين كان
الموكل على بيته من قيمة العمل الذي أداه الوكيل عندما دفع المقدار المتفق عليه
أو عندما اتفق مع الوكيل على هذا المقدار^(١) .

(الأمر الثالث) أنه لا يجوز الاتفاق ، قبل تنفيذ الوكالة وتبين أهمية
العمل الذي قام به الوكيل ، على أن ينزل الموكل عن حقه في المطالبة بتخفيض
الأجر ، أو أن ينزل الوكيل عن حقه في المطالبة بزيادة الأجر . ويجوز هذا
الزول من كل من الجانبين بعد تنفيذ الوكالة ، إذ يكون كل منهما قد تبين
وقد تثبت قيمة العمل الذي تم إنجازه^(٢) .

١٨ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٢ (٢١٢) ، أو أن يكون قد اختير من الحلج لكفاية ممتازة
ومركز خاص (استئناف مخطط ٩ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٤١) ، أو أن تكون القضية
قد انتهت صلحاً وكان متفقاً أن تستحق الأتماب كلها في حالة الصلح (استئناف مخطط ١٦ أبريل
سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣١) .

القضاء الفرنسي : روان ١٢ ديسمبر سنة ١٨٨١ سيرة ٨٢ - ٢ - ٢٢٧ - مونييه ٦
فبراير سنة ١٨٩٣ سيرة ٩٤ - ٢ - ٢٠٨ - باريس ١٠ أغسطس سنة ١٨٩٣ Jour trib. com.
١٨٩٤ ص ٤٢٩ - ١٣ - ديسمبر سنة ١٨٩٤ سيرة ٩٧ - ٢ - ٢١٤ - ٥ مايو سنة ١٩٣٦
جائزيت دي پاليه ١٩٣٦ - ١ - ٥٩٥ - السين ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٣ Droitt ١٩٠٣ ٩١ مارس
سنة ١٩٠٤ - وانظر في الفقه الفرنسي بودري وفال في الوكالة فقرة ٧٤١ - أوبري وروبوليان
٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٧ - بلاتيل وديوير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٩ - ويجوز
مع ذلك إنقاص الأجر إذا كشف الموكل عن خطأ في جانب الوكيل بعد إقرار الأجر (مونييه
٦ فبراير سنة ١٨٩٣ سيرة ٩٤ - ٢ - ٢٠٨ - باريس ٢٠ يونيو سنة ١٩٣١ جائزيت دي پاليه
١٩٣٢ - ٢ - ٤٧١) .

(١) انظر المادة ٤٤ من قانون المهامة فيما يلي فقرة ٢٧٩ - ويصح أن يقاس أيضاً على
هاتين الحالتين حالة ما إذا أقر الموكل ، بعد تنفيذ الوكالة ، بمديونية لوكيل يبلغ مدين أجرة له ،
حادام لا يوجد غش أو إكراه من جانب الوكيل ، أو ظروف تحيط بالموكل تضطره إلى هذا الإقرار ،
ولا يجوز إذن تعديل الأجر الذي أقر الموكل أنه ثابت في ذمته (نقص مدق ٨ فبراير سنة
١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٩ ص ٦٠ - عابدين ١٠ مارس سنة ١٩٤٠ المهامة ٢٠
ص ١٠٣٤ - استئناف مخطط ٢٥ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢١٢ - ١٤ أبريل سنة ١٩١٤ م
٢٦ ص ٣١٧ - ١٧ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٢٢ - ٧ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٣ -
١١ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٩٩ - محمد كامل مرسى فقرة ١٧٤ ص ٢٣٤ - وانظر عكس
ذلك وأنه يجوز تعديل الأجر إذ قد يكون الموكل مدفوعاً إلى الإقرار لعدم قدرته على الوفاء :
محمد علي مرقة ص ٣٩٦ - أكرم أمين المولى فقرة ١٩١ ص ٢٣٩) .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ١٧٥ .

ومقدار الأجر المستحق في ذمة الموكل للوكيل لا ينتج فوائد من وقته استحقاقه ، كما تنتج المصروفات التي ينفقها الوكيل في تنفيذ الوكالة فوائد من وقت الاتفاق على ما يقضى به صريح النص (م ٧١٠ مدني) ، ولأن وقت الإعذار كما يقضى نص صريح بالنسبة إلى ما يتبقى في ذمة الوكيل من حساب الوكالة (م ٢/٧٠٦ مدني) . وإنما ينتج الأجر فوائد وفقاً لما يقضى به القواعد العامة لعدم ورود نص خاص في هذه المسألة ، فلا يستحق الوكيل فوائد على الأجر الذي حل إلا من وقت أن يطالب الموكل به وبالفوائد مطالبة قضائية ، وعند ذلك تستحق الفوائد بالنسبة للقانوني (م ٢٢٦ مدني)^(١)

٢٧٨ - زمان دفع الأجر ومكانه : ولم يرد نص خاص في زمان دفع الأجر ومكانه ، فتسرى القواعد العامة .

ومن ثم يكون زمان الدفع هو الوقت الذي يتفق عليه المتعاقدان^(٢) . فإن لم يوجد اتفاق ، فالعرف . وقد جرى العرف في أتعاب المحامين أن يجعل جزء منها عند الاتفاق ، ويؤجل دفع الباقي إلى حين الانتهاء من الدعوى ، أو يشترط دفعه عند كسبها . فإن لم يوجد اتفاق ولا عرف ، يكون الدفع عند انتهاء الوكالة وتصديق الموكل على الحساب^(٣) . ويتقدم الأجر بخمس عشرة سنة من يوم استحقاقه^(٤) .

ويكون مكان الدفع في الجهة التي يتفق عليها المتعاقدان . فإن لم يوجد اتفاق ، فالعرف . فإن لم يوجد اتفاق ولا عرف ، كان الدفع في موطن المدين أي الموكل ، أو في الجهة التي فيها مقر أعماله إذا كانت الوكالة متعلقة بهذه الأعمال .

(١) جيوار فقرة ١٧٢ - بون ١ فقرة ١١١١ - لوران ٢٧ فقرة ٢٢ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٥٢ - أوبري ورووليس ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٣ هامش ٢ - نقض فرنسي ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤ - ١ - ٢٦٩ .

(٢) وإذا طالت مدة الوكالة ، فإنه ينبغي أن يشترط الوكيل أن يدفع له الأجر على أقساط دورية (جيوار فقرة ١٧١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٥٤ ص ٤٠٠) .

(٣) جيوار فقرة ١٧١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٥٤ ص ٤٠٠ .

(٤) جيوار فقرة ١٧٢ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٥٥ - أنسيكلوبي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣١٤ - وقد يكون الأخير مستحقاً على أقساط دورية ، كما هو الأمر في أجر وكلاء البواخر ، فيسقط في هذه الحالة بعض خمس سنوات (محمد علي عرفة ص ٣٩٩) .

§ ٢ - أتعاب المحامي

٢٧٩ - أوصل في المحامي أنه يكونه بأجر: قلنا أنه يكون هناك اتفاق ضمنى على أن يكون الوكيل بأجر إذا كانت الوكالة تدخل في أعمال مهته التي يكسب منها عيشه^(١). وهذا هو شأن المحامي، فهو يكسب عيشه عادة من مهته. ومن ثم يكون المفروض عند توكيله أن تكون الوكالة بأجر ولولم يكن هناك اتفاق صريح على ذلك.

على أنه يجوز أن تكون وكالة المحامي بغير أجر، إذا قبل ذلك، أو قامت ظروف يستخلص منها قبوله ضمناً التبرع بعمله. ومثل هذه الظروف أن تربط المحامي بموكله رابطة قرابة أو صداقة تعود معها ألا يأخذ أجراً على عمله من هذا القريب أو الصديق، أو أن تكون له مصلحة شخصية في القيام بالوكالة ولو دون أجر كما لو رفع دعوى في شأن مال شائع وهو أحد الملاك على الشيوع فقد تدل الظروف في هذه الحالة على أنه قبل التوكيل عن شركائه في الشيوع دون أجر^(٢).

وهناك حالة خاصة أوجب قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على المحامي أن يتولى الدفاع فيها عن موكله دون أجر. فقد نصت المادة ٣٧ من هذا القانون على أن يقوم المحامي المتدرب عن الفقير أمام المحاكم المدنية أو الجنائية بالدفاع عنه مجاناً، ومع ذلك يجوز له أن يقدر أتعابه ضد الخصم المحكوم عليه بالمصروفات، وله على كل حال الرجوع على من تدب عنه ومطالبته بالأتعاب إذا زالت حالة فقره مع مراعاة ما جاء بالمادة ٣٧٦ من قانون الإجراءات الجنائية. ويجب أن يقوم بما تكلفه به لجنة المساعدة القضائية أو المحكمة، ولا يسوغ له أن يقتضى عنه إلا لأسباب تقبلها اللجنة المذكورة أو المحكمة المنظورة أمامها الدعوى. ويعنى من التدب في القضايا الجنائية والمدنية المحامون المقررون أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا أو الذين مضى على قيد أميائهم في جدول المحامين عشرون سنة، غير أن هذا الإعفاء لا يسرى

(١) انظر آتفاً فقرة ٢٧٦.

(٢) انظر آتفاً فقرة ٢٧٦ في الملحق.

على القضايا المدنية أمام محكمة النقض^٥ . ويتبين من هذا النص أن المحامي المنتدب عن الفقير من لجنة المساعدة القضائية يعمل مجاناً^(١) . ومع ذلك يجوز أن يرجع بأنواعه في أحوال ثلاث : (١) إذا كسب الدعوى ، فله أن يرجع على الخصم بأنواع المحاماة المقدرة في الحكم ضمن المصروفات . وله أن يطلب تقدير هذه الأنواع إذا لم تكن مقدرة في الحكم . ويكون ذلك بأمر على عريضة من المحكمة التي أصدرت الحكم . (٢) إذا زالت حالة فقر موكله ، فله أن يرجع عليه بالأنواع وفقاً للإجراءات التي سنسبها عند الكلام في حالة عدم اتفاق المحامي مع موكله على الأنواع ، وذلك سواء كسب الدعوى أو خسرها . (٣) إذا كان متدباً للدفاع عن متهمة بجناية . فله أن يطلب من المحكمة التي تنظر الدعوى الجنائية أن تقلر له في حكمها أنواعاً على الخزانة العامة إذا كان المتهمة فقيراً ، وقد نصت المادة ٣٧٦ من قانون الإجراءات الجنائية في هذا الصدد على أن « للمحامي المعين من قبل غرفة الاتهام أو رئيس المحكمة ، أن يطلب تقدير أنواع له على الخزانة العامة ، إذا كان المتهمة فقيراً ، وتقدر المحكمة هذه الأنواع في حكمها في الدعوى . ولا يجوز الطعن في هذا التقدير بأي وجه » . وفي غير ما تقدم يكون المحامي وكيلاً بأجر . ويقلب أن يتفق مع موكله على مقدار هذا الأجر ، ومع ذلك قد يغفل هذا الاتفاق . فنستعرض كلا من هذين القرضين^(٢) .

٢٨٠ - **الاتفاق على مقدار الأنواع** : تنص المادة ٤٤ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على أن « للمحامي أن يشترط في أي وقت أنواعاً مقابل عمله ، وذلك بنهر لإخلال بما تقضي به المادة ٧٠٩ من القانون المدني إلا إذا كان الاتفاق قد تم بعد الانتهاء من العمل . وليس له على كل حال أن يتنازع كل أو بعض الحقوق المتنازع عليها ، أو أن يتفق على أخذ جزء منها نظير

(١) ويكون للمحامي المنتدب كل سلطة المحامي الموكل في الحدود التي يقتضيها انتدابه ، فله أن يتبين عنه في الحضور أو في المرافعة أمام المحكمة محامياً آخر تحت مسؤوليته دون توكيل خاص ، ما لم يكن توكيله قائماً من ذلك (نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٧ ص ١٢) .

(٢) أما المحامي الذي يترافع شخصياً في دعواه التي يرفضها على الغير ، فلا يستحق أنواعاً للمحاماة في هذه الدعوى ، حتى لو حضر محام آخر بالنيابة عنه وكان عمله شكلياً فقط (مصر الوطنية ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ١٣٦ ص ٢٥٨ - محمد كامل مرسى بقرة ١٨٠) .

أتعابه : أو على مقابل ينسب إلى قدر أو قيمة ما هو مطلوب في الدعوى أو ما يحكم به فيها . ولا يجوز له في أية حال أن يعقد اتفاقاً على الأتعاب من شأنه أن يجعل له مصلحة في الدعوى أو في العمل الموكل فيه . ويدخل في تقدير الأتعاب أهمية الدعوى وثروة الموكل والجهد الذي بذله المحامي . وتنص المادة ٤٥ من نفس القانون على أن « يحظر الاتفاق على اشتراك موظفي مكتب المحامي في حصة من أتعابه » .

ويبين من هذه النصوص أن للمحامي أن يتفق مع موكله على مقدار الأتعاب ، وما يتفق عليه معه في ذلك كتابة يلزم الموكل . أما إذا كان الاتفاق غير مكتوب : فسنرى أن المادة ٤٦ من قانون المحاماة تقضى بأنه عند عدم الاتفاق على الأتعاب كتابة يقدر مجلس النقابة هذه الأتعاب . فتكون الكتابة ركناً شكلياً في الاتفاق على مقدار الأتعاب . ويكون الاتفاق الشفوي على هذا المقدار باطلاً ، ويحل محله تقدير مجلس النقابة . ويقيد النص الاتفاق المكتوب على الأتعاب ، فيبطل كل ما من شأنه أن يجعل للمحامي شركة أو مصلحة في الحق المتنازع فيه الذي هو محل التوكيل . فلا يجوز له أولاً أن يشتري الحق كله أو بعضه ، بل إن المادة ٤٧٢ مدنى تحرم عليه كل ضروب التعامل في هذا الحق ، فلا يجوز له أن يقايض عليه ولا أن يقبله هبة ولا أن يشارك فيه ولا أن يقترضه^(١) . ولا يجوز له ثانياً أن يتفق على أخذ جزء من الحق في نظير أتعابه ، ولو بطريقة غير مباشرة كأن يتفق على مقابل هو سمس أو خمس أو أية نسبة أخرى من قدر أو قيمة ما هو مطلوب في الدعوى أو ما يحكم به فيها^(٢) . ولا يجوز له أخيراً أن يعقد اتفاقاً على الأتعاب من شأنه أن يجعل له مصلحة في العمل الموكل فيه ، كأن يحدد أتعابه بنسبة المبالغ التي تقام عنها قضايا في أثناء زمن معين^(٣) . وكل هذه الاتفاقات تعتبر مشاركة في الحق المتنازع فيه

(١) انظر الوسيط ٤ فترة ١١٣ .

(٢) استئناف وطني ١٧ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١١٨ ص ٢٢٠ - استئناف مخطط ٢٠ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤٠ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥١ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٦٥ - وإذا أبطأ الشرط الذي يطلى المحامي نسبة معينة ، فإن تصفية الأتعاب خارجاً عن ذلك مستحق فوراً على الموكل (استئناف مخطط ٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦١) .

(٣) استئناف وطني ١٧ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١١٨ ص ٢٢٠ وهو الحكم السابق الإشارة إليه - ومن باب أول لا يجوز للمحامي أن يشتري الشيء الذي يدهى موكله -

(pacte de quota litis)، وتكون باطلة ، ويحل عليها تقدير مجلس النقابة للأتعاب . ولكن لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن تكون الأتعاب في حالة كسب الدعوى أكثر منها في حالة الخسارة^(١) . ولا على تعجيل جزء من الأتعاب على ألا يستحق الجزء الباقي إلا عند كسب الدعوى ، ولا على جعل استحقاق الأتعاب كلها مرهوناً بكسب الدعوى^(٢) . ولا على أن تزيد الأتعاب على المقدار المتفق عليه أو تنقل عن هذا المقدار بحسب ما يحكم به زيادة أو نقصاً عن مبلغ معين^(٣) . ويجوز الاتفاق على أن تكون الأتعاب مبالغ دورية تدفع كل شهر أو كل سنة مثلاً ، وفي هذه الحالة لا يطالب المحامي بأية زيادة إلا إذا قام بأعمال لم يكن في الوسع توقعها عند الاتفاق^(٤) .

إذا تم الاتفاق على مقدار الأتعاب في الحدود التي بسطناها فيما تقدم ،

فه فيه حقوقاً ، حتى لا يصبح خصماً لمركله (استئناف مخطط ٢٦ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٥) . كذلك لا يصح أن يكفل المحامي المدعى في حق وكله الدائن في قبضه ، حتى لا تتعارض مصلحة ككفيل المدعى مع مصلحة الدائن مركله (استئناف مخطط ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٦٥) . (١) فيجوز جعل حد أعلى وحد أدنى للأتعاب ، ويتفاوت المقدار الواجب دفعه بين المدعى بحسب نتيجة الدعوى (استئناف مخطط ١٣ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢١١) . (٢) بل ويجوز الاتفاق أيضاً على أن يتحمل المحامي بمصرفات الدعوى في حالة الخسارة (استئناف مخطط ١٨ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٢ ص ٢١٢) .

(٣) وفي إحدى القضايا اتفق على أن تكون الأتعاب ١٠٠٠٠ جنيه إذا قضى بنفقة سنوية مقدارها ٢٢٠٠٠ جنيه ، فإذا قضى بنفقة أكثر أو أقل زاد مقدار الأتعاب أو نقص . فقرر مجلس تأديب المحامين أنه وإن كانت الأتعاب المتفق على دفعها تزيد وتنقص عن المقدار الذي اتخذه أساساً لتقدير الأتعاب ، إلا أنه لا يمكن أن يعتبر مثل هذا الاتفاق نوعاً من المشاركة في نتيجة الدعوى ، إذ أن مثل هذا الشرط نتيجة أن تكون الأتعاب في الحالين بقدر معين ، وهو في صالح المتألفين على السواء ، ومطابق كل المطابقة للقواعد المتبعة في تقدير الأتعاب من حيث مراعاة ما يقضى به . وسواء وجد هذا الشرط أو لم يوجد ، فإن المهم عند وجود الخلاف ورفع للقضاء أن يراعى القاضي في التقدير ما يحكم به (مجلس تأديب المحامين ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ المجلد ٩ رقم ١٧٩ ص ٢٨٩) . (٤) استئناف مخطط ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠٦ - وانظر استئناف مخطط

٢ مارس سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ١٨١ - ٢٩ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٦٨ - وقارن استئناف مخطط ١٢ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٨٦ (ويقضى الحكم بأن المحامي لا يتقاضى زيادة على الأجر العادي إلا إذا اشترط ذلك) - ويحق النقد مع المحامي الذي يتقاضى أتعاباً دورية مقدرة وكالة لا عقد عمل ، ومن ثم يجوز للموكل أن يمزّل المحامي حتى قبل انقضاء المدة المتفق عليها ، وتقدر المحكمة أتعاب المحامي عن العمل الذي قام به إلى وقت النزول (استئناف مختلف ساينو سنة ١٩٢٩ م ٣٨ ص ٢٩٧) .

الترزم الموكل بدفع هذا المقدار ، دون نظر إلى نتيجة الدعوى ، ما لم يربط الاتفاق مقدار الأتعاب بهذه النتيجة على النحو الذى قدمناه . ومع ذلك يكون هذا المقدار خاضعاً لتقدير القاضى شأن أجر كل وكيل (م ٧٠٩ ملنى) ، وقد نصت المادة ٤٤ من قانون المحاماة على ذلك صراحة كما رأينا إذ تقول : « وذلك بغیر إخلال بما تقضى به المادة ٧٠٩ من القانون المدنى إلا إذا كان الاتفاق قد تم بعد الانتهاء من العمل » . فيجوز للقاضى أن يخفض مقدار الأتعاب إذا وجد هذا المقدار مبالغاً فيه^(١) ، وينظر فى ذلك إلى أهمية الدعوى وثروة الموكل والجهد الذى يبذله المحامى^(٢) كما تقول الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤ من قانون المحاماة فيما رأينا . ويصح النظر أيضاً إلى مكانة المحامى وشهرته العامة ، وإلى نتيجة الدعوى^(٣) ، وإلى غير ذلك من العوامل التى يكون من شأنها أن تعين على تحديد مقدار الأتعاب تحديداً عادلاً^(٤) . وكما يجوز تخفيض الأتعاب تجوز كذلك زيادتها^(٥) ، « إذا رأى القاضى أن المقدار

(١) وفى قضية رفعها امرأة مصرّة لإثبات نسب ولدها القاصر ، اتفقت المدعية مع المحامى عنها على أتعاب مقدارها ألف وخمسة جنيه بشرط أن يتفق المحامى على الدعوى من ماله الخاص ، وكسب المحامى الدعوى وورث القاصر ثروة كبيرة ، ومع ذلك قررت المحكمة أن الموكله امرأة ووصية على قاصر وكانت وقت الاتفاق على الأتعاب فقيرة لا تستطيع الإنفاق على الدعوى ، بما يجعل الاتفاق على الأتعاب يداخله إكراه أدبى ، ومن ثم خفضت المحكمة الأتعاب من ألف وخمسة جنيه إلى ثلثائة جنيه (استئناف وطنى ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٤٠ ص ٤٢٤) . انظر أيضاً الموسكى أول فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١١ رقم ١١٥ ص ١٩١ .

وقضت محكمة الاستئناف المخططة بأن الاتفاق على الأتعاب لا يكون محلاً لتخفيض إلا إذا كانت الأعمال التى قام بها المحامى لا تتناسب مع المقدار المتفق عليه (استئناف مخطط ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣١) .

(٢) استئناف مخطط ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٦٦ (ولو كانت الذكرات التى قدمها المحامى موجزة) .

(٣) استئناف مخطط ٣ يوفيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٠٤ - ولكن عبارة الدعوى لا يترتب عليها أثر فى الأتعاب المتفق عليها (استئناف مخطط ١٧ يوفيه سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٤٩) .

(٤) مصر الوطنية ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ١٣٦ ص ٢٥٨ - استئناف مخطط ٢٥ أغسطس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٢ - ٢ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١١٦ - والمحامى أمام محكمة عليا يستحق أتعاباً أكثر من أتعاب المحامى أمام محكمة أقل درجة (استئناف مخطط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٣٨) .

(٥) استئناف مخطط ٢٥ يوفيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٧٠ - ٢٣ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٢ .

المتفق عليه غير كاف ليجزى المحامى على ما بذل من جهد وما حصل عليه من نتيجة . ويلتزم القاضي عادة جانب الحيلة في زيادة الأتعاب ، فلا يزيدها إلا إذا ثبت أن الدعوى اقتضت من المحامى ظروف استثنائية بذل جهود لم يكن يتوقعها ، كأن تشعبت الدعوى واتسع نطاقها وأبدت فيها دفوع لم تكن متوقعة . ولم يكن المحامى ليقبل المقدار المتفق عليه لو أنه كان يعلم ذلك (١) .

ويلاحظ القاضي أن المحامى أقدر من الموكل على تقدير الجهد الواجب بذله في الدعوى لما عنده من تجارب وخبرة فنية ، فاحتمال أن يخطئ الموكل في تقدير هذا الجهد مستعلاً أقرب من احتمال أن يخطئ المحامى في تقديره مستدياً ، ومن ثم تكون الأحوال التي تنخفض فيها الأتعاب أكثر وقوعاً من تلك التي ترفع فيها . وتطبيقاً لنص العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ مدني الذي يقضى بعدم جواز تعديل مقدار الأتعاب « إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة » ، ولنص العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٤ من قانون المحاماة الذي يقضى بعدم جواز التعديل كذلك إذا كان الاتفاق على الأتعاب « قد تم بعد انتهاء من العمل » ، لا يجوز للقاضي أن ينقص من مقدار الأتعاب المتفق عليها أو أن يزيد فيها إذا دفع الموكل للمحامى طوعاً بعد الانتهاء من العمل المقدار المتفق عليه وقت التوكيل ، أو صدر إقرار به ، أو إذا كان الاتفاق على مقدار الأتعاب لم يحصل إلا بعد انتهاء المحامى من عمله ، وذلك لنفس الاعتبارات التي سبق بيانها (٢) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن يسمل في قيمة أتعاب المحاماة بموجب الشروط المحددة بين الموكل والمحامي عنه ، ومع ذلك يكون للمحكمة حق النظر فيها وتعديلها تكميلاً أو تقليلاً (استئناف وطني ٢١ أبريل سنة ١٨٩١ الحقوق ١١ ص ٣٨١) . وقضت محكمة الاستئناف المختصة بأن أتعاب المحامى حتى المتفق عليها مقدماً ، وحتى المتفق عليها في صورة منه تحت الإذن قبل القيام بالوكالة ، تكون كأجور كل وكيل خاصة لتقدير القاضي (استئناف مخطوط ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٨٤ المجموعة الرسمية المخططة ١٠ ص ٢٨ - ٢٩ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤٠) ، وأن للقاضي أن يرفع الأتعاب أو يخفضها (استئناف مخطوط ٢٥ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٧٠) . وانظر أيضاً : استئناف مخطوط ٢١ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٧٢ (لا يجوز زيادة الأتعاب إلا إذا اقتضت للدعوى جهوداً لم تكن متوقعة : انظر في هذا المعنى أيضاً استئناف مخطوط ٦ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ٢٦١) .

(٢) انظر أيضاً فقرة ٢٧٧ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان إقرار "بشكل مبدئيته للمحامى مبلغ معين مقابل أتعاب في الدعوى التي وكل فيها قد صدر بعد انتهاء العمل الذي قام به

وقد قضت المادة ٤٥ من قانون المحاماة على عادة سيئة لا تتفق مع كرامة المحامي ، فنصت كما رأينا على أن « يحظر الاتفاق على اشتراك موظفي مكتب المحامي في حصة من أتعابه » ، ومن باب أولى يحظر على المحامي أن يتصيد القضايا عن طريق مسامرة يشاركونه بحصة من الأتعاب أو في نظير أي مقابل آخر^(١) . هذا ووجود اتفاق مكتوب على مقدار الأتعاب لا يفي عن وجود اتباع الإجراءات المقررة في قانون المرافعات ، عندما يريد المحامي التنفيذ بأتعابه . فلا يجوز له التنفيذ عن طريق أمر على عريضة ، ولا عن طريق وضع الصيغة التنفيذية على الاتفاق المكتوب ، فإن كلتا الطريقتين لاتصلح إلا في حالة عدم الاتفاق على مقدار الأتعاب . وكانت الطريقة الأولى متبعة قبل صدور قانون المحاماة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٩ على ما سنرى ، والطريقة الثانية هي التي نص عليها قانون المحاماة منذ سنة ١٩٣٩ عند عدم الاتفاق على مقدار الأتعاب

— المحامي في الدعوى المذكورة ويهد الحكم فيها لمصلحة الموكل ، وكان المحامد قد حرر في تاريخ الإقرار ورقة الموكل تعهد فيها بالمرافعة عنه في قضية أخرى بلا أجر تقديراً ، منه لثقة فيه ولوفائه له بتحرير الإقرار ، فن الخطأ في التكليف أن تعتبر المحكمة الإقرار والتعهد اتفاقاً واسعاً بكل أحدهما الآخر ، فإنها في الحقيقة تخطئان ولا علاقة بينهما قانوناً ، إذ أولهما إقرار بدين غير متنازع فيه واجب الأداء ، في الحال ، وثانيهما تبرع بالمرافعة بلا أجر ، وبناء على ذلك لا يجوز في هذه الصورة التحلّي بحكم المادة ٥١٤ مكي (قديم) (نقض مكي ٨ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة جمر ٣ رقم ٢٩ ص ٦٠) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن سلطة القاضي في النظر في مقابل أتعاب المحاماة وتغيير المقابل بحسب ما يستصوبه عليها أن يكون الاتفاق على الأتعاب قد حرر فعلاً وقبل إليه ، رفع الدعوى وبقيد خاصة تبيح للقاضي استعمال هذه السلطة ، أما والأتعاب قد قدرت من يده انتهاء العمل فلا سبيل للقاضي إلى النظر فيها بوجه من الوجوه (استئناف مصر ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٠ الحامدة ١٠ رقم ٤٤٠ ص ٨٧٢) .

وانظر استئناف مخطط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٦ - ١٤ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٥٨ - مجلس تأديب المحامين ٧ فبراير سنة ١٩٣٩ الحامدة ٩ رقم ١٧٩ ص ٢٨٩ . (١) وقضى قبل ذلك بأنه إذا قاب شخص من محام في قبول القضايا والاتفاق فيها مع أربابها وتسلم الثنود مقابل الثلث في جميع الإيراد ، كان ذلك عقد وكالة لا عقد شركة ، ومن ثم يكون الاختلاس الواقع من هذا الشخص معاقباً عليه بقوة التبديد (جرجا ١٩ أبريل سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٥ رقم ١٠٥ ص ٢٠٥) . وإذا استعان المحامي بمحاميين آخرين في عمله ، فليس للموكل علاقة هؤلاء المحامين الآخرين ، ولا يجب عليه ضم أتعاب - وتقتصر علاقتهم على المحامي الأصل (استئناف مخطط ١٩ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٦) .

وتقديرها بواسطة مجلس النقابة . أما إذا وجد اتفاق مكتوب على مقدار الأتعاب ، فإن كان الاتفاق في ورقة رسمية أمكن التنفيذ بها وفقاً للقواعد المقررة في التنفيذ بالأوراق الرسمية . وإن كانت الورقة عرفية وجب على المحامي رفع الدعوى أمام القضاء والحصول على حكم قابل للتنفيذ . وبعد الحصول على هذا الحكم . يجوز للمحامي أن يأخذ به حق اختصاص بمقاربات موكله وفقاً لأحكام المادة ١٠٨٥ مدني وما بعدها . كما أن للأتعاب المحكوم بها حق امتياز على ما آلت للموكل في النزاع موضوع التوكيل وفقاً لأحكام المادة ٥ من قانون المحاماة . وسيأتي تفصيل ذلك^(١) .

٢٨١ - عزم الوفاق على مقدار الأتعاب - قيام مجلس النقابة

بالضرب : قبل صدور قانون المحاماة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٩ : جرت المحاكم على أن يكون تقدير أتعاب المحامي ، عند عدم الاتفاق على مقدارها ، بأمر على عريضة تقدم للمحكمة التي أصلرت الحكم ، باعتبار أن الأتعاب تدخل ضمن مصروفات الدعوى وهذه تقلد على هذا النحو وفقاً لأحكام المادتين ١١٦/١٢٧ و ١٢٧/١٣٠ من تقنين المرافعات القديم . وساعد على ذلك أن كان هناك نص صريح في هذا المعنى بالنسبة إلى المحاكم المختلطة . فقد كانت المادة ١٩٧ من الأمر العالي الصادر في ٩ يونيه سنة ١٨٨٧ بالتصديق على اللائحة العامة للمحاكم المختلطة ، وقد أصبحت المادة ١٦٠ من اللائحة العامة القضائية للمحاكم المختلطة المصدق عليها بالمرسوم الصادر في ٩ يوليوسنة ١٩٣٩ ، تنص على أنه : في حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين على قيمة الأتعاب أو عدم تراضيهما على هذه القيمة ، تقلد الأتعاب بمعرفة القاضي الذي تمت المرافعة في الدعوى أمامه ، على أن يراعى في هذا التقدير أهمية النزاع وقيمة العمل في حد ذاته والعناية الخاصة التي استلزمها والزمن الذي استغرقه والمركز المالي للخصوم^(٢) . ولكن محكمة النقض لم تقر بالنسبة إلى القضاء

(١) انظر ما يلي فقرة ٢٨٢ .

(٢) أما إذا وجد اتفاق على مقدار الأتعاب ، فتكون المطالبة بطريق رفع الدعوى العادية . وقد نفتت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز للمحامي أن يطلب من المحكمة تقدير أتعابه إلا في حالة عدم وجود اتفاق خاص بالأتعاب ، فإذا وجد وجب عليه أن يرفع دعوى عادية (استئناف =

ما جرت عليه المحاكم في هذا الشأن^(١)، وقضت بأن تقدير الأتعاب إذا اختلف

= مخطط ١٣ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢١١) . وانظر أيضاً : استئناف مخطط ٣ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٩٢ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧٦ - ٢ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٤٥ ص ١٦١ - ٢ مارس سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ١٦١ - ٤ يوتيه سنة ١٩٢٥ م ٤٧ ص ٣٥١ - ١١ يوتيه سنة ١٩٢٥ م ٤٧ ص ٣٦٥ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٩ ص ٢٦ . وإذا لم يوجد اتفاق على مقدار الأتعاب ، فالنص صريح ، بالنسبة إلى القضاء المختط كما رأينا ، في جواز أن يكون تقدير الأتعاب عن طريق الأمر على العريضة : استئناف مخطط ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧٦ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥١ - ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٣ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٥ ص ٣٢٢ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٦ - ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٩ - ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٥ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢٦ - على أنه لا يوجد ما يمنع ، حتى إذا لم يوجد اتفاق على مقدار الأتعاب ، من الالتجاء إلى الدعوى العادية للتقدير : استئناف مخطط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٨٣ - ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٣ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢٢ - ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٢٨ . وانظر أيضاً في هذا المنع مصر الوطنية استئناف ٢٠ مايو سنة ١٩٠٢ ١٩٠٢ المرقق ١٨ ص ١٨٧ - وإذا قدر المحامي أتعابه في مذكرة أرسلها لوكيل قضيها ، لم يحز المحامي أن يعود إلى طلب تقدير أتعابه (استئناف مخطط ٥ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٢٢) .

أما تقدير أتعاب المحامي في غير الدعوى القضائية فيكون بطريق الدعوى العادية : استئناف مخطط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٨٣ - ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٣ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ١٧٠ .

(١) فقد كان القضاء الوطني ، إذا لم يوجد اتفاق على مقدار الأتعاب ، يحرم ، دون أن يستثنى إلى نص في ذلك ، على أن يكون تقدير الأتعاب عن طريق الأمر على العريضة . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن جواز طلب تقدير أتعاب المحامي على موكله بطريق العريضة لم يأت به نص صريح في القانون ، وإنما جرى به العمل قضاء توسعاً في تطبيق المادتين ١٢٧ و ١١٦ مرافعات ، وذلك على ما يظهر باجبار أن أتعاب المحامي في هذه الحالة قد يمكن تشبيهها بشيء من مصروفات الدعوى الأصلية ، وأيضاً بفكرة أن هذا الطريق يكون أخيراً في الإجراءات وأوفر الكلفة وأدعى إلى إدراك محبة الصواب ، لأن الهيئة التي تولت الفصل في الدعوى هي أدنى وأهم بحقيقة حالة تلك الدعوى وبطرقها الخاصة وما استلزمته من جهود واقتضت من وقت وأبحاث ، وهي ظروف قد تتغير كثيراً على ما لم يكن ملماً من الأصل بالدعوى تمام الإدلاء . ومهما يكن من أمر هذا التوسع من الوجهة القانونية ، فالقضاء في تطبيقه قد قصره صراحة على الحالة التي لا يوجد فيها بين المحامي وموكله اتفاق سابق بمقدار الأتعاب ، لأن الالتجاء في هذه الحالة إلى هيئة المحكمة قد يكون مقولاً نظراً إلى خبرتها بالدعوى أكثر من غيرها . وأما إن وجد الاتفاق على الأتعاب ، فتتقدم الظروف الملحة لاتخاذ هذا الطريق الاستثنائي الذي قد يكون فيه حرمان الموكل =

الحامى مع موكله فى تعيين مقدارها خصوصاً جديدة موضوعية ، لا يبت فيها بطريق أمر على عريضة ، بل يرفع دعوى أمام المحكمة المختصة^(١).

ثم صدر قانون المحاماة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٩ ، وألغى بالقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ ، وألغى هذا القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ وهو القانون المعمول به الآن . وفى هذه القوانين الثلاثة جعل أمر تقدير الأتعاب ، إذا لم يكن متفقاً على مقدارها ، إلى مجلس النقابة وفقاً لإجراءات مرسومة وتحت رقابة القضاء . فأصبح من المتعين اتباع هذه الإجراءات دون غيرها فى تقدير أتعاب الحامى^(٢) ، إذا لم يكن هناك اتفاق مكتوب على مقدارها . وتنص المادة ٤٦ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ فى هذا الصدد على ما يأتى : « يقدر مجلس النقابة أتعاب الحامى بناء على طلبه أو طلب الموكل ، وذلك عند عدم الاتفاق عليها كتابة . وللمجلس أن يشكل لجنة أو أكثر من أعضائه تتألف كل منها من خمسة أعضاء ، للفصل فى طلبات التقدير ، ويكون اجتماعها صحيحاً بحضور ثلاثة من أعضائها ، ويعتبر القرار الصادر فى هذا الشأن صادراً من المجلس . ويجب أن تخطر النقابة المطلوب التقدير ضده بصورة من طلب التقدير وبالحسالة التى تحدد نظره بكتاب موصى عليه ، ليحضر أمام المجلس أو ليقدم ملاحظاته كتابة فى المدة التى تحددها اللجنة ، كما يجب إخطار طالب التقدير بالجلسة المحددة . لنظر الطلب ، وعلى الحامى أن يعلن موكله بصورة من أمر التقدير الصادر من مجلس النقابة بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه من رئيس المحكمة الابتدائية أو الجزئية التابع لها محل إقامة الحامى حسب الأحوال . ولا تكون أوامر التقدير نافذة إلا بعد انتهاء ميعاد الطعن وتقديم شهادة مثبتة

= من مزاييا الزوجين ، ولا يبقى فخذ الحالة إلا الرجوع إلى طرق التقاضى الاعتيادية (استئناف مصر ١٩٢٥ سبتمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٨ رقم ١٣ ص ٢٥) . وانظر أيضاً مصر الشرعية ١٩ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة الشرعية ٢ رقم ٦٨ ص ٥٨٨ - الجيزة والشرعية ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة الشرعية ٤ رقم ٢١٢ ص ٦٥٤ - وقارن الإسكندرية الشرعية ٢٢ يوليى سنة ١٩٣٤ المحاماة الشرعية ٦ رقم ٢٩ ص ١٢٧ .

(١) نقض مدنى ١٤ يوليى سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٤ ص ٤٢٣ .

(٢) الأزبكية ٢٦ يوليى سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٤٥٨ ص ١١١٨ - وانظر عكس ذلك وأنه يجوز إلى جانب الالتجاء إلى مجلس النقابة ، الالتجاء إلى القضاء العادى : المحلة الكبرى ١٣ أبريل سنة ١٩٤٠ سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٧٨ ص ٢٩٣ .

لذلك . وإذا كان المبلغ المطلوب تقديره لا يجاوز مائة جنيه ، كان حق الفصل فيه للجان القرعية في حدود الأحكام السابقة ، على أن تبلغ قراراتها إلى مجلس النقابة في مدى أسبوعين من تاريخ صدورها . وفي جميع الأحوال تتبع قواعد الإثبات المقررة قانوناً عند نظر الطلب .^(١) ويلاحظ أن مجلس النقابة ، عند تقديره الأتعاب ، ينظر إلى « أهمية الدعوى ، وثروة الموكل . والجهد الذي بذله المحامي » كما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤ من قانون المحاماة فيما رأينا ، كما ينظر إلى العوامل الأخرى التي يكون من شأنها أن تعين على تحديد مقدار الأتعاب تحديداً عادلاً ، ومن ذلك القيمة الفنية للعمل وما استغرقه من وقت^(٢) ومكانة المحامي وشهرته العامة ونتيجة الدعوى كما سبق القول .

ومجلس النقابة في تقديره للأتعاب يمارس ولاية قضائية^(٣) ، فإن قبل نظر طرفان قضاءه . صراحة أو ضمناً بعدم الظلم منه : كان امر التقدير واجب التنفيذ بعد أن يضع عليه رئيس المحكمة الصيغة التنفيذية على النحو السالف

(١) استئناف مخطط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٤٢ ص ٦٦ - ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٩ - ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٣٦ ص ٢١٥ - ١٥ يونيو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٣ .

(٢) وقد قفست محكمة النقض في هذا المعنى بأن خلو القانون من النص على اختيار مجلس النقابة - عند تقدير أتعاب المحامي - من هيئات القضائية أو الإدارية ذات الاختصاص القضائي ومن أن قبيب المحامين يمثل النقابة أمام تلك الهيئات ، لا يمنع من أن يكون المشرع قد أخص على مجلس النقابة ولاية القضاء في هذا الخصوص . وتقدير مجلس النقابة للأتعاب يعد فصلاً في خصومه ، إذ أن الاتجاه إلى المجلس جازئ لأي من المحامي والموكل عند الخلاف على قيمة الأتعاب مع إخطار المطلوب التقدير ضده بصورة طلب التقدير والجلسة المحددة لنظره بطلب موصل عليه . ومفاد ذلك أن تقديم الطلب إلى مجلس النقابة من المحامي أو الموكل تنمذ به الخصومة القضائية بأكملها ، فبأنه كان تقديم طلب تقدير الأتعاب إلى مجلس النقابة من المحامي أو الموكل إعلاناً بخصومة ، فإنه يرتب عليه آثار المطالبة القضائية ، ومنها قطع التقادم في مفهوم المادة ٣٨٢ من القانون المدني (نقض مدني ٨ يونيو سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٨١ ص ٥٣٢) .

انظر عكس ذلك وأن مجلس النقابة لا يعتبر درجة من درجات التقاضي بل هوجة فنية يستأنس برأيها قبل عرض الأمر على القضاء ، فإن قبل الخصوم هذا الرأي كان هذا بمثابة اتفاق بينهما وإلا فلا من الخصوم التظلم إلى القضاء : استئناف مصر ٢١ مارس سنة ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ١ رقم ١٩٥ ص ٢٦٧ - محمد علي عرفة ص ٤٤٠ - وقرب استئناف مخطط ١٦ يونيو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٧٣ (لا يجوز توقيع حجز تحفظي بموجب أمر التقدير) .

الذكر . أما إذا رفضاه أو رفضه أحدهما ، فلن رفض أن يتظلم من أمر التقدير على النحو الذي فصلته المادة ٤٧ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ ، وتنص على ما يأتي : « للمحامي والموكل حق التظلم في أمر التقدير في خلال خمسة عشر يوماً التالية لإعلانه بالأمر ، وذلك بتكليف خصمه بالحضور أمام المحكمة المقيم بدائلتها المحامي كليات كانت أوجزية حسب قيمة الطلب . وينظر التظلم في أمر التقدير على وجه الاستعجال وبغرفة المشورة ، ويكون الحكم الصادر في التظلم غير قابل للطعن فيه بطريق المعارضة . ويجوز أن يشمل الحكم الصادر في التظلم بالنفاذ المؤقت . ويجوز الطعن في الأحكام الصادرة في التظلم بكافة أوجه الطعن العادية وغير العادية ما عدا المعارضة ، وتتبع في ذلك القواعد العامة المنصوص عليها في قانون المرافعات . وينظر الطعن في الحكم الصادر في التظلم بغرفة المشورة بطريق الاستعجال » (١) .

٢٨٢ — الضمانات التي تكفل أتعاب المحامي : إلى جانب الضمانات العامة التي تكفل حقوق الدائن ، نص قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على ضمانين خاصين بأتعاب المحامي (٢) :

(الضمان الأول) حق اختصاص المحامي بعقارات مدينه . ولا يقصد بهذا حق الاختصاص الذي يستطيع الحصول عليه كل دائن بيده حكم واجب التنفيذ ، فهذا حق يستطيع المحامي ، أسوة بسائر الدائنين ، الحصول عليه إذا كان هناك اتفاق على مقدار الأتعاب واستتصلر به حكماً واجب التنفيذ وذلك وفقاً للقواعد العامة المقررة في حق الاختصاص ، وقد تقدمت الإشارة إلى

(١) وتنص المادة ٤٨ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على أن « تحصل أتعاب كتاب المحاكم رسوماً بنسبة اثنين في المائة من المبالغ المقدرة التي لا تزيد قيمتها على ٣٠٠ جنيه عند وضع الصيغة التنفيذية على أوامر التقدير ، وما زاد على ذلك يحصل عنه واحد في المائة » .

(٢) وذلك إلى جانب الضمانات الأخرى التي خولها القانون للموكل كغاية حقوقه نحو موكله ، وهي تضامن الموكلين نحوه وحق المحامي في حبس المال الذي يقع في يده لموكله حتى يستوفى حقوقه ، وسياًق تفصيل ذلك عند الكلام في الضمانات التي تكفل التزامات الموكل (انظر ما يلي فقرة ٢٩٥ وما بعدها) . أما المستندات والأوراق التي تكون في يد المحامي لموكله ، فهذه يجب أن يرددها إليه وليس له الحق في حبسها ،. وتنتج في ذلك أحكام المادة ٤١ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ وقد سبق ذكرها (انظر آنفاً فقرة ٢٧١ في الخامس) .

ذلك^(١) . ونحن الذي استحدثه قانون المحاماة هو جواز حصول المحامي على حق اختصاص ، إذا لم يكن هناك اتفاق على مقدار الأتعاب واستعبد المحامي أمر تقدير من مجلس النقابة ، فله أن يحصل على حق الاختصاص بموجب أمر التقدير هذا دون أن يكون بيده حكم واجب التنفيذ . وقد نصت المادة ٤٩ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ في هذا الصدد على ما يأتي : « للمحامي الذي صدر له أمر بتقدير أتعابه أو محضر صلح مصدق عليه من المجلس أو من المحكمة أو حكم صادر في الطعن أن يحصل على أمر باختصاصه بمقارنات من صدر أمر التقدير أو الحكم ضده أو محضر الصلح » . والنص لا يضيف جديداً فيما إذا حصل المحامي على حق الاختصاص بموجب حكم صادر في الطعن واجب التنفيذ فالمادة ١/١٠٨٥ ملغى تعطيه هذا الحق ، أو حصل عليه بموجب محضر صلح مصدق عليه من المحكمة إذ يكفي في ذلك الاستناد إلى المادة ١٠٨٧ ملغى . ولكن الجديد الذي استحدثته المادة ٤٩ من قانون المحاماة هو أن يحصل المحامي على حق اختصاص بموجب أمر تقدير صادر من مجلس النقابة بعد شموله بالصيغة التنفيذية وانقضاء مهلة التظلم فيه ، فإن هذا الأمر ليس بحكم واجب التنفيذ ومع ذلك يؤخذ به حق اختصاص ، أو أن يحصل على حق الاختصاص بموجب صلح مصدق عليه من مجلس النقابة دون حاجة لأن يكون محضر صلح مصدقاً عليه من المحكمة^(٢) .

(الضمان الثاني) حق الامتياز على ما آل للموكل في النزاع موضوع التوكيل . وهذا الحق أعطى لأتعاب المحامي ، سواء كان هناك اتفاق على مقدارها أو حددت بأمر تقدير . ويظهر حق الامتياز هذا عندما يتخذ المحامي ، سواء بحكم واجب التنفيذ ، أو بأمر تقدير مشمول بالصيغة التنفيذية بعد

(١) انظر آتفاً فقرة ٢٨٠ في آخرها .

(٢) وهذا يميز ما قست به حكمة النقض من أن مجلس النقابة منه تقديره لأتعاب المحامي يمارس ولاية قضائية (انظر آتفاً ٢٨١ في الهامش) - هذا إلى أنه يجوز أن يحصل المحامي على حق اختصاص بموجب حكم صادر في الطعن في أمر التقدير ، ولو لم يكن هذا الحكم واجب التنفيذ . ويجوز ، فوق ذلك ، التنفيذ بأمر تقدير مشمول بالصيغة التنفيذية بعد انقضاء مهلة التظلم ، وكذلك بمحضر صلح مصدق عليه من مجلس النقابة ، ويكون هذا وذلك في قوة الأوراق الرسمية من ناحية التنفيذ .

انقضاء ميعاد التظلم ، أو بمحضر صلح مصدق عليه من المحكمة أو من مجلس النقابة ، فتكون الأتعاب ممتازة ، لا بالنسبة إلى أموال الموكل عامة ، بل بالنسبة إلى المال الذي آل للموكل في النزاع موضوع التوكيل . وتنص المادة ٥٠ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ في هذا الصدد على ما يأتي : « تكون أتعاب المحامي على موكله من الديون الممتازة بالنسبة إلى ما آل للموكل في النزاع موضوع التوكيل . وهذا الامتياز يلي في المرتبة الأحوال المنصوص عليها في المادتين ١١٣٨ و ١١٣٩ من القانون المدني ، على ألا يحسم هذا الامتياز الحقوق العينية المسجلة قبل رفع الدعوى أو تقديم طلب التقدير . وكانت أتعاب المحامي ، قبل أن تعطى حق امتياز بنص صريح في قوانين المحاماة المتتالية ، مختلفاً في أن تكون حقاً ممتازاً ، فقضت بعض المحاكم بأنها تعتبر من قبيل المصروفات القضائية وتكون مضمونة بامتيازها^(١) . وحسم هذا الخلاف النص الصريح الذي ورد في قانون المحاماة على النحو الذي رأيناه . فأتعاب المحاماة حق ممتاز على ما يؤول للموكل في النزاع عقاراً كان أو منقولاً ، فهو حق امتياز خاص على العقار وعلى المنقول . وهو إذا ورد على عقار غير خاضع للشهر فلا يقيد ، لأن الامتياز الخاص على العقار الخاضع للقيد يأخذ مرتبته من وقت القيد ، أما أتعاب المحامي فقد حدد النص مرتبتها بغير وقت القيد إذ تأتي في المرتبة بعد المصروفات القضائية المذكورة في المادة ١١٣٨ مدني وبعد المبالغ المستحقة للخزاة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى

(١) استئناف مخطوط ٢٥ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٦٤ - ٢٣ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٥١ - ٢ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٠٦ - عكس ذلك استئناف مخطوط ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢١ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢٢ - ولكن إذا كان المحامي وكلاء عن أحد دائي المدين زدعوى أفادت بأني الدائنين ، كالدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة ، واستخلص بحكم صدر لمصلحة الدائن دلاً للمدين أمكن التنفيذ عليه لمصلحة جميع الدائنين ، فإن المحامي يتقدم بأتعابه على جميع هؤلاء الدائنين في المال الذي استخلصه لهم ، لأن هذه الأتعاب تدخل هنا دون شك في مصروفات حفظ أموال المدين وبينهما طبقاً لأحكام المادة ١١٣٨ مدني (استئناف مخطوط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢٣ وهو الحكم السابق الإشارة إليه - عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٠ ققرة ٥٥٢ ص ٦٧٩) .

وقد قضى في قرناً بأن أتعاب المحامي تعتبر من قبيل مصروفات الحفظ والصيانة وتنتفع بامتياز هذه المصروفات (بلانويل وريبير وبيكيه ١٢ ققرة ١٨٥ والأحكام المشار إليها - عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٠ ققرة ٥٥٢ ص ٦٧٨) .

المذكورة في المادة ١١٣٩ مدني ، وقبل حقوق الامتياز الأخرى خاصة كانت أروامة . فإذا فرضنا أن المحامي في دعوى استحقاق حصل على حكم باستحقاق موكله للعقار المتنازع فيه ، فإن أتعابه تكون ممتازة على هذا العقار . وتأتي مرتبتها بعد مرتبة المصروفات القضائية ومرتبة المبالغ المستحقة للخرانة العامة ، فيستوفى المحامي أتعابه من ثمن هذا العقار بعد أن توفى المصروفات القضائية التي أنفقت في التنفيذ على العقار والضرائب والرسوم والحقوق الأخرى المستحقة للخرانة العامة . ويتقدم المحامي بأتعابه على سائر الدائنين ، ولو كان لم يحق عيني على هذا العقار كامتياز أورهن أو اختصاص ، ما لم يكن هذا الحق العيني مقيداً قبل أن يرفع المحامي دعواه بالأتعاب أو قبل أن يقدم طلباً إلى مجلس النقابة بتقديمها ، ففي هذه الحالة يتقدم هذا الحق المقيد على أتعاب المحامي . أما إذا كان الحق العيني مقيداً بعد رفع المحامي لدعواه أو بعد تقديمه لطلب التقدير ، فإنه يتأخر في المرتبة عن أتعاب المحامي ، حتى لو كان مقيداً قبل صدور الحكم في دعوى المحامي أو قبل صدور أمر التقدير^(١) .

٢٨٣ — سقوط الأتعاب بالتقاوم : وتنص المادة ٥١ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على ما يأتي : « يسقط حق المحامي في مطالبة موكله بالأتعاب ، عند عدم وجود سند بها ، بمضي خمس سنوات ميلادية من تاريخ انتهاء التوكيل » . وهذا النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة المقررة في التقادم المسقط ، فقد نصت المادة ٣٧٦ مدني على أن « تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء وكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبلوه من مصروفات » . ونصت المادة ٣٧٩ مدني على أن « ١ — يبدأ سريان التقادم في الحقوق المذكورة في المادتين ٣٧٦ و ٣٧٨ من الوقت الذي يتم فيه الدائنون تقديماتهم ، ولو استمروا يقدمون تقدمات أخرى . ٢ — وإذا حرر سند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة »^(٢) .

(١) محمد علي عرفة ص ٤٤٤ .

(٢) وكانت المادة ٢٧٣/٢٠٩ من التعنين المدني القديم تجعل مدة التقادم ثلثة وستين يوماً ، وتوجب المادة ٢٧٦/٢١٢ على الموكل أن يحلف يميناً على أنه أدى حقيقته للمحامى =

ويتبين من هذه النصوص أنه يجب التمييز ، في سقوط أتعاب المحامي بالتقادم ، بين فرضين :

(الفرض الأول) ألا يكون بيد المحامي سند بالأتعاب . ويتحقق ذلك إذا لم يكن هناك اتفاق مكتوب على مقدار الأتعاب ولم يحصل المحامي على أمر تقدير من مجلس النقابة . ففي هذا الفرض تسقط أتعاب المحامي بالتقادم بمضي خمس سنوات ، تسرى من تاريخ انتهاء التوكيل^(١) . وغنى عن البيان أن الأتعاب تشمل كل ما يستحقه المحامي في ذمة الموكل جزاء عما أداءه من عمل يدخل في أعمال مهنته ، كما تنص صراحة الفقرة الأولى من المادة ٣٧٩ مدني فيها رأينا . ومن ثم تسقط الأتعاب بخمس سنوات ، ولو كانت مستحقة عن عمل ليس نزاعاً قضائياً كتحرير عقد أو قسمة شركة أو إجراء صلح أو تحكيم أو اتخاذ إجراءات لشهر حق خاضع للشهر^(٢) . وتسرى مدة التقادم من الوقت الذي يتم فيه المحامي مهنته بحسب التوكيل الصادر له . فإذا كان موكلاً في قضايا متعددة يقوم بينها ارتباط يجعلها كلاً لا يقبل التجزئة ، أو اتفق صراحة أو ضمناً على ألا تستحق الأتعاب إلا بعد الانتهاء منها كلها ، فالتقادم لا يسرى إلا بعد الانتهاء من آخر قضية من هذه القضايا^(٣) . وينقطع التقادم بإقرار الموكل بحق المحامي صراحة أو ضمناً (م ١/٣٨٤ مدني) ، وبعطالة المحامي بأتعابه عن

الأتعاب التي في ذمته . فبجاءت قوانين المهامة السابقة على العمل بالتقنين المدني الجديد معدلة لهذه النصوص ، فنصت مثلا المادة ٥٠ من قانون المهامة رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ على أنه « استثناء من حكم المادة ٢٠٩ من القانون المدني الأهل لا يسقط حق المحامي في مطالبة موكله بالأتعاب عنه عدم وجود سند بها إلا بمضي خمس سنوات ميلادية من تاريخ انتهاء التوكيل » . وإطالة المدة إلى خمس سنوات بدلاً من ثلاثة وستين يوماً أغتت الموكل من سلف الإيئين ، فكان يمكن أن يتسلط بالتقادم الخمسي حتى يحكم بسقوط حق المحامي (محمد على عرفة ص ٤٤٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قررت محكمة الموضوع أن عمل المحامي في الدعوى لم ينته بقرار الإيقاف ، بل إنه كان لازال مكلفاً بمباشرة الدعوى إذا قضت من بعد المحكمة لسبب ما ، ومن ثم لا موجب لسريان مه سقوط الحق في الأتعاب ، فهذا هو تقرير من محكمة الموضوع وفهم منها لحاصل الواقع في الدعوى ، مما لا رقابة لمحكمة النقض عليه (نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٣ ص ٦٢٢) .

(٢) محمد على عرفة ص ١٤٦ - عكس ذلك محمد كامل مرسى فقرة ١٨٥ ص ٢٥٢ - استئناف مصر ٢٠ مايو سنة ١٩٣٤ المهامة ١٥ رقم ١٢٠ ص ٢٤٤ .

(٣) محمد على عرفة ص ١٥٥ .

طريق تقديم طلب لمجلس النقابة بتقديرها ، لأن هذه المطالبة إعلان بخصوصية أمام جهة لها ولاية القضاء ، فتترتب عليها آثار المطالبة القضائية ومنها قطع التقادم في مفهوم المادة ٣٨٣ مدني^(١) .

(الفرض الثاني) أن يكون بيد المحامي سند بالاعتاب . وينبغي أن يكون السند اتفاقاً مكتوباً بمقدار الاعتاب ، كما يصح أن يكون أمر تقدير صادر من مجلس النقابة مشمولاً بالصيغة التنفيذية ، أو حكماً صادراً من المحكمة ، أو محضر صلح مصدقاً عليه من المحكمة أو من مجلس النقابة^(٢) . ففي جميع هذه الأحوال لا يتقادم الاعتاب إلا بالمدة الطويلة ، أي بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت استحقاق الاعتاب أو صدور أمر التقدير أو الحكم أو محضر الصلح . ويستفاد هذا من نص المادة ٥١ من قانون المحاماة مالف الذكر ، فهو لا يجعل مدة التقادم خمس سنوات إلا عند « عدم وجود سند بالاعتاب » ، فإذا وجد هذا السند وجب تطبيق القواعد العامة والرجوع إلى التقادم الطويل^(٣) . ويقطع في ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ مدني ، فبأريأنا ، من أنه « إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق (ويدخل في ذلك الحق في الاعتاب) ، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة » . ويقطع في ذلك أيضاً ما قضت به المادة ٣٨٥ مدني من أنه إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون مدته هي مدة التقادم الأول ، إلا أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة .

الطلب الثاني

رد المصروفات

٢٨٤ — نص قانوني : تنص المادة ٧١٠ من القانون المدني على ما يأتي :

- (١) تقضى مدني ٨ يونيو سنة ١٩٦١ بمجموعة أحكام التقاضي رقم ٨١ من ٥٢٢ — وانظر أيضاً فقرة ٢٨١ في الهامش .
- (٢) ولا يسرى التقادم المحسنى على الأتباب المحكوم بها بالنقض التي كسب الدعوى ، إذ هي تدخل في المصروفات التي تكبدها ، فلا تسقط إلا بالتقادم الطويل (محمد علي مرة ص ٤٤٦ — محمد كامل مرسى فقرة ١٨٥ ص ٢٥٢) .
- (٣) محمد كامل مرسى فقرة ١٨٥ ص ٢٥٢ .

« على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المتعاد مع الفوائد من وقت الإنفاق ، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة . فإذا اقتضى تنفيذ الوكالة أن يقدم الموكل للوكيل مبالغ للإنتفاق منها في شؤون الوكالة ، وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ إذا طلب الوكيل ذلك » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المواد ٥٢٦ - ٦٤٧/٥٢٨ - ٦٤٩ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري م ٦٧٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٧١٠ - وفي التقنين المدني العراقي م ٩٤١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٩٢ - ٧٩٣ وم ٧٩٦ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٨٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآت : « ويلتزم الموكل ، إلى جانب ذلك ، أن يبرئ ذمة الوكيل ما عقده باسمه الخاص من التزامات تنفيذاً للوكالة تنفيذاً متعاداً » . وفي لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة الثانية « لعدم الحاجة إليها » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٧٤٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٠ مجموعة الأعمال التضيرية ه ص ٢١٧ - ص ٢١٨) .

(٢) التقنين المدني القديم م ٦٤٧/٥٢٦ : . وله الحق في فوائد النقود التي دفعها بسبب التوكيل من يوم دفعها .

م ٦٤٨/٥٢٧ : على الموكل تنفيذ ما ألزم به وكيله باسمه بموجب التوكيل . .

م ٦٤٩/٥٢٨ : وعليه أن يؤدي المصاريف المنصرفة من وكيله المقبولة قانوناً ، أيًا كانت نتيجة العمل ، إذا لم يحصل من التوكيل تقصير فيه .

(و أحكام التقنين المدني القديم تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٧٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧١٠ (مطا :-) .

التقنين المدني العراقي م ٩٤١ (توافق النص المصري كما ورد في المشروع التمهيدى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٩٢ : على الموكل أن يقدم الوكيل الأموال وسائر الوسائل اللازمة لتنفيذ وكتاته ، ما لم يكن ثمة اتفاق أو نص يخالف .

م ٧٩٣ : يجب على الموكل : أولاً - أن يدفع إلى الوكيل كل ما أسلف من المال وما قام به من النفقات في سبيل تنفيذ الوكالة ، مالا يخرج عن حيز اللازم لهذا الغرض . وإذا كان يحق له أجر ، وجب أدائه مع قطع النظر عن نتيجة العمل ، ما لم يكن هناك خطأ يعزى إلى الوكيل . -

ويتبين من النص سالف الذكر أن الموكل يلتزم بتقديم ما يقتضيه تنفيذ الوكالة من مبالغ إذا طلب الوكيل ذلك ، ويلتزم برد ما أنفقه الوكيل من ماله الخاص في تنفيذ الوكالة ، ويدفع الفوائد على هذه المصروفات من وقت الإنفاق . ثم إن التزام الموكل برد المصروفات وفوائدها قد يسقط بالتقادم : فهذه مسائل أربع نبينها على التعاقب .

٢٨٥ - التزام الموكل بتقديم ما يقتضيه تنفيذ الوكالة من نفقات :
إذا اشترط الوكيل صراحة أن يقدم له الموكل المصروفات الواجب إنفاقها لتنفيذ الوكالة ، التزم الموكل بذلك بموجب هذا الشرط الصريح . على أن هناك أيضاً أحوالاً يظهر فيها بوضوح أن تنفيذ الوكالة يقتضى أن يقدم الموكل للوكيل مبالغ للإنفاق منها في شؤون الوكالة ، فهذه المبالغ يلتزم الموكل بتقديمها للوكيل بموجب شرط ضمني يستخلص من الظروف ، وإذا طلب الوكيل من الموكل تنفيذ هذا الالتزام وتقديم هذه المبالغ وجب على الموكل تقديمها . مثل ذلك أن يوكل شخص شخصاً آخر في شراء عقار بشمن كبير ، فالمفروض أن الوكيل قد قصد يقبوله الوكالة أن يقدم له الموكل الثمن حتى يستطيع شراء العقار وتقد المشتري ثمنه ، ولا يفرض أن الوكيل قد قبل أن يدفع الثمن من ماله الخاص وهو مبلغ كبير قد لا يكون متوافراً عنده . فإذا طلب الوكيل من الموكل تقديم الثمن حتى يتمكن من تنفيذ الوكالة ، وجب على الموكل أن يفعل ذلك . وكشراء العقار شراء الأسهم والسندات في البورصة ، يكون المفروض أن الموكل قد التزم بتقديم ثمنها للسمسار عند شرائها حتى يدفعه هذا البائع ، فإذا طلب السمسار تقديم الثمن وجب على الموكل تقديمه . وإذا اقتضى تنفيذ الوكالة

= ثانياً - أن يرفع من عائق الوكيل الموجبات التي ارتباط بها من جراء تنفيذ الوكالة . - عل أن الموكل لا يلزم بالموجبات التي ارتباط بها الوكيل ولا بالحجارة التي تحملها خطأ ارتكبه أو لأسباب خارجية عن الوكالة .

م ٧٩٦ : إذا تفرغ الموكل عن القضية لشخص آخر ، فهو يمين مسئولاً لدى الوكيل عن جميع نتائج الوكالة طبقاً لمقتضى المادة ٧٩٣ ، ما لم يكن ثمة نص مخالف رضى به الوكيل .
(وأحكام التقنين اللبناني تنفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري ، فبما أن التقنين اللبناني لا ينص على التزام الموكل بدفع فوائد على المصروفات التي أنفقها الوكيل من يوم الإنفاق ، فوجب إذن تطبيق القواعد العامة ، وبما عدا أن التقنين اللبناني ينص صراحة على بقاء الموكل ملتزماً نحو الوكيل حتى لو تفرغ عن القضية موضوع الوكالة وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

سفرًا طويلاً يكلف الوكيل نفقات كبيرة ، فالمفروض هنا أيضاً أن الموكل قد التزم بتقديمها له قبل السفر ، وعليه أن يقدمها إذا طلب الوكيل ذلك . والمفروض كذلك أن الموكل قد التزم نحو المحامي أن يقدم له رسوم القضية ، قبل رفعها ، ولو كان المحامي قد رضى بتأجيل دفع الأتعاب . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد تدل الظروف على أن الموكل يلتزم بإعطاء الوكيل مقدماً ما يتفق منه على شؤون الوكالة ، كالمحامى يتقاضى من موكله مقدماً الرسوم القضائية الواجب دفعها »^(١).

فإذا لم يتم الموكل بتنفيذ التزامه من تقديم المصروفات اللازمة لإنفاقها فى شؤون الوكالة ، سواء كان هذا الالتزام بموجب اتفاق صريح أو اتفاق ضمنى ، كان للوكيل أن يطلب التنفيذ النفي ، كما أن له أن يقف تنفيذ الوكالة حتى يتقاضى هذه المصروفات ، وله أخيراً أن يطلب فسخ الوكالة مع التوفيق إن كان له مقتضى ، وذلك كله طبقاً لقواعد العامة : هذا إلى أن للوكيل بداهة أن ينتهى عن الوكالة كما سيأتى ، وذلك بنقض النظر عما إذا كان الموكل قد قام أو لم يتم بالتزامه .

٢٨٦ - التزام الموكل برد ما أنفق الوكيل من ماله الخاص فى تنفيذ

الوكالة : على أنه كثيراً ما يقع أن ينفق الوكيل من ماله الخاص ما يستلزمه تنفيذ الوكالة ، أما لأنه لا يوجد اتفاق صريح أو ضمنى على أن يقدم الموكل هذه النفقات ، وإما لأن الوكيل لم يطلب من الموكل تقديمها وقام هو بالإفاق من ماله الخاص . فيلتزم الموكل فى هذه الحالة بأن يرد للوكيل ما أنفق فى تنفيذ الوكالة . فإذا وكل شخص شخصاً آخر فى إدارة أعماله ، رجع الوكيل على الموكل بما أنفق فى إدارة هذه الأعمال ، كأن دفع أجوراً لعمال استئزمت الإدارة عملهم أو لمعاونين استعان بهم فى عمله ، أو اقتضت أعمال الإدارة أسفاراً دفع نفقاتها ، أو اقتضت رفع دعاوى دفع رسومها وأتعاب المحامى فيها ، وما إلى ذلك من النفقات التى تقتضيها أعمال إدارته . وإذا وكل شخص فى إدارة أرض زراعية ، رجع على موكله بما أنفق فى شراء السهاد والبلور ومبيدات

الحشرات وحرث الأرض وربها وجنى المحصول . أما إذا اقتضت إدارة الأرض أن يشتري آلات زراعية ومواشى أو أن يقيم مباني ، فيطلب أن تكون هذه النفقات الكبيرة مما يلتزم الموكل بتقديمها للوكيل قبل أن يقوم بهذه الأعمال على النحو الذى بسطناه فيما تقدم . كذلك إذا وكل شخص في شراء عقار ، فيطلب أن يقدم الموكل الثمن للوكيل كما أسلفنا القول ، وقد يقوم الوكيل بعد ذلك ببعض النفقات كدفع السمسة ومصروفات كتابة العقد والتسجيل فهذه يرجع بها على الموكل^(١) . ويدخل أيضاً في النفقات التى يرجع بها الوكيل على الموكل ما عسى أن يكون الأول قد التزم به شخصاً نحو الغير في سبيل تنفيذ الوكالة ، إما لأن التنفيذ استوجب منه ذلك ، وإما لأنه كان يعمل مسخراً باسمه الشخصى وحساب الموكل كما سترى عند الكلام في الاسم المستعار . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٧١٠ مدنى يتضمن فقرة ثانية في هذا المعنى تجرى بما يأتى : « يلتزم الموكل ، إلى جانب ذلك ، أن يبرئ ذمة الوكيل مما عقده باسمه الخاص من التزامات تنفيذاً للوكالة تنفيذاً محتاداً »^(٢) . فعلفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة « لعدم الحاجة إليها »^(٣) . وليس النص في الواقع من الأمر إلا تطبيقاً للقواعد العامة .

ويجب أن يتوافر في النفقات التى يرجع بها الوكيل على الموكل شرطان : (١) أن تكون نفقات استلزمها تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد . فلا يسترد الوكيل نفقات تجاوز بها حدود الوكالة ، أو تكون غير لازمة لتنفيذ الوكالة ، أو تكون نفقات غير معقولة كان يمكن تفاديها لو نفذت الوكالة التنفيذ المعتاد بأن بذل الوكيل في تنفيذها العناية الواجبة ولم يرتكب خطأ .

(٢) أن تكون نفقات مشروعة ، فلو دفع الوكيل رشوة لم يجز له

(١) وإذا وفى الوكيل ديناً في ذمة الموكل يبلغ أقل من الدين ، لم يرجع إلا بمقدار ما وفى (نقض فرنس ١٥ مارس سنة ١٨٥٤ دالوز ٥٤ - ١ - ٣٦٣ - أول يولي سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ - ١ - ٤٦٤ - أنسيكلوبيس دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٧٠) .

(٢) وتقول اللدكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما الالتزامات التى تقدمها الوكيل باسم الموكل فهى تنصرف إليه مباشرة ، ولحق عقدها باسمه الشخصى يلتزم الموكل بإبراء ذمة منها ، كما يلتزم الوكيل بنقل ما كسبه من الحقوق إلى الموكل فيما تقدم (مجموعة الأعمال التحضيرية • ص ٢٢٣) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية • ص ٢١٨ - وانظر أيضاً فقرة ٢٨٤ في الخاض .

استردادها . وقد كانت المادة ٦٤٩/٥٢٨ من التقنين المدني القديم تنص على هذا الشرط صراحة إذ تنقضي على الموكل « أن يؤدي المصاريف المنصرفة من وكيله المقبولة قانوناً »^(١)، ولم ينقل التقنين المدني الجديد هذه العبارة لوضوح حكمها .

ومضى توافر هذان الشرطان ، فإنه يجب على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفق من مصروفات ، حتى لو كان إنفاقها بعد انتهاء الوكالة مادامت مصروفات ضرورية^(٢) . والوكيل هو الذي يحمل عبء إثباته ما أنفق من مصروفات^(٣) . وله الإثبات بجميع الطرق لأن الإنفاق واقعة مادية ، ولكن يغلب أن يقدم الوكيل مستندات الصرف في أوراق مكتوبة كالتقارير والإيصالات . وعليه أن يثبت أيضاً وقت الإنفاق^(٤) ، إذ من هذا الوقت تسري فوائد المصروفات التي قدمها الوكيل كما سئرى . ومضى أثبت الوكيل المصروفات التي أنفقها ، فعلى الموكل أن يثبت أنه ردها للوكيل ، أو أن هذه المصروفات أنفقت من مال له عند الوكيل ، أو أن الوكيل ارتكب خطأ تسببت عنه هذه المصروفات أو جزء منها^(٥) . والمصروفات التي أنفقها الوكيل تكون عادة عنصراً من عناصر الحساب الذي يقدمه للموكل عند انتهاء الوكالة ، فيخصمها من المال الذي بيده للموكل^(٦)، ويبقى الرصيد مدينياً أو دائئاً يرجع به الموكل على الوكيل أو الوكيل على الموكل عند انتهاء الوكالة . ولكن لا يوجد

(١) انظر آتفاً فقرة ٢٨٤ في الهامش .

(٢) نقض فرنسي ٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ١ - ١٨٣ - باريس ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٤ - ٢ - ٢٨٩ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٣ وهامش ١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٠ ص ٩٢١ - وحى لوصرفت بعد موت الموكل (أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٣ ص ٢٢٤) .

(٣) نقض فرنسي ١٢ مايو سنة ١٨٨٦ سيريه ٩٠ - ١ - ٣٢٦ - ٢٨ يونيو سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٥٢٠ - بون ١ فقرة ١٠٨٩ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ١٧٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٠ ص ٩٢١ .

(٤) جينوار فقرة ١٥٦ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧١٩ .

(٥) نقض فرنسي ١٢ مايو سنة ١٨٨٦ سيريه ٩٠ - ١ - ٣٢٦ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧١٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٠ ص ٩٢١ .

(٦) استئناف غنطط ١٤ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٨ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧١٦ .

ما يمنع من أن يسترد الوكيل فوراً المصروفات التي أنفقها إذا كان في حاجة إلى ذلك^(١).

ومصدر التزام الموكل برد المصروفات إلى الوكيل هو عقد الوكالة ذاته ، فالالتزام إذن عقدي ، وليس مبنياً على الفسالة أو على قاعدة الإثراء بلاسبب ، ومن هنا كانت الوكالة عقداً ملزماً للجانبين إذا كانت هناك مصروفات يلزم الموكل بردها^(٢) . وهناك فرق ، من هذه الناحية ، بين المصروفات التي يستردها الوكيل ، وتلك التي يستردها الفضولي أو التي يستردها المقتصر لحساب غيره . فالوكيل يسترد ، بموجب عقد الوكالة ، جميع المصروفات التي أنفقها في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد دون أن يرتكب خطأ تنسب عنه زيادة في هذه المصروفات^(٣) ، ويسترد هذه المصروفات مهما كان حفظه من التجاح في مهمته كما يقول النص (م ٧١٠ مدني) ، حتى لو فشل فيها ، لأن التزامه التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية^(٤) . أما الفضولي فيسترد ، بموجب قواعد الفسالة ، المصروفات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف (م ١٩٥ مدني) . ويسترد المقتصر لحساب الغير ، بموجب قواعد الإثراء بلاسبب ، المصروفات التي أنفقها ولكن في حدود ما أثرى به الغير على حسابه بسبب هذه المصروفات (م ١٧٩ مدني) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وقد يقتضى تنفيذ الوكالة نفقات يصرفها الوكيل أو التزامات تترتب في ذمته . فالنفقات ، مادامت معقولة ، يستردها من

(١) بلائيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٠ ص ٩٢١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٠٨ - وقارن بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٠٠ .

(٣) استئناف مخطط ٨ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣١١ - فإذا ارتكب خطأ ، كأن قام بصفقة في وقت غير مناسب فكلفته أكثر من المعتاد ، أو اشترى سلعة من سبب أعلى مما هو مكلف بشرائه أو بدين أعلى من ثمن السوق عن تقصير وعدم حيلة ، فإن الزيادة في المصروفات الناشئة عن هذا الخطأ لا يستردها (يون ١ فقرة ١٠٨٧ - لوران ٢٨ فقرة ٨ وقررة ١٠ - جيوار فقرة ١٥٤ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٠٥) .

(٤) نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩١٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٣٧ ص ٢٣٨ - استئناف مخطط أول مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٤٩ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٠٤ - بلائيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٠ ص ٩٢١ - ومن جهة أخرى لا يسترد إلا المصروفات التي أنفقها فعلاً ، حتى لو عادت هذه المصروفات على الموكل بفتح أكبر من قيمتها (بلائيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٠ ص ٩٢١) .

الموكل جيماً مع فوائدها من وقت الإنفاق ، وهذا استثناء جديد للقاعدة التي تقتضي بأن الفوائد لا تجب إلا من وقت المطالبة القضائية . ويسرد الوكيل التفقات ، سواء نجح في مهمته أو لم ينجح . وهذا فرق ما بين الوكالة من ناحية والفضالة والإثراء بلا سبب من ناحية أخرى ، فإن الفضول يسترد النفقات الضرورية والتأففة . . والدائن في الإثراء بلا سبب لا يسرد إلا أدنى القيمتين كما هو معروف^(١) .

٢٨٧ - التزام الموكل برفع فوائد المصروفات من يوم الاتفاق :
جاء في صدر المادة ٧١٠ مدني كما رأينا : « على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفق في تنفيذ الوكالة بالتنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق . . » . فالمصروفات التي أنفقها الوكيل في تنفيذ الوكالة تنتج فوائد بالسعر القانوني أو بالسعر الاتفاقي بحسب الأحوال ، وذلك من يوم الإنفاق^(٢) . وفي هذا خروج على القواعد العامة ، فقد كانت هذه القواعد تقتضي بمران الفوائد من يوم المطالبة القضائية بها (م ٢٢٦ مدني)^(٣) ، وقد سبق أن خرجنا على القواعد العامة أيضاً ولكن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٣ - وتعليق ذلك واضح ، فالوكيل يعمل بتفويض من موكله فيسرد كل المصروفات ولو لم ينجح في مهمته ، والفضول يعمل بغير تفويض من رب العمل ولكنه يتطوع لرعاية مصالحه فيسرد المصروفات الضرورية والتأففة ، والمفتقر لحساب غيره يعمل دون تفويض ودون أن يقصد رعاية مصلحة الغير فلا يسرد إلا أدنى القيمتين (كولان وكابيتان وحى لامورالدير فقرة ١٣٦٢ ص ٨٧٢) .
هذا ويجوز الاتفاق على أن أجر الوكيل يتضمن المصروفات التي تنفقها في تنفيذ الوكالة ، فتخلو على تقديم الحساب من تعديلات حساب المصروفات (أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ Mandat فقرة ٢٧٣ - أكيم أمين النول فقرة ١٩٠ ص ٢٣٦) .
(٢) وتطبيقاً لذلك قضى بأن المدين التضامن إذا دفع كل الدين رجع على المدين التضامن الآخر بنصيبه في الدين وبالفوائد من وقت دفع الدين تطبيقاً لأحكام الوكالة (استئناف غطط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١١٠) .

(٣) ويقال في تعليق ذلك إنه لما كانت الوكالة في الأصل بغير أجر ، فقد وجب أن يتقاضى الوكيل فوائده على ما أنفقته من ماله من وقت الإنفاق حتى لا يتحمل خسارة ، ويمكن أنه لا يجبي كسباً (ترولون فقرة ٦٧٤ - لوران ٢٨ فقرة ١١ - جيوار فقرة ١٥٦ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٠٩) . ومع ذلك سنرى أن الوكيل يتقاضى الفوائد من وقت الإنفاق حتى لو كانت الوكالة مأجورة . والأولى أن يقال إن الوكالة ، حتى لو كانت مأجورة ، ليست كالمفاوضة من عقود المضاربة ، إذ الأجر فيها يزيد أو ينقص حتى يتناسب مع عمل الوكيل ، فكان من حق الوكيل أن =

لمصلحة الموكل عندما قررنا أن الفوائد على رصيد الحساب المستحق للموكل تسرى من وقت الإعذار لا من وقت المطالبة القضائية بالفوائد^(١) . وتستحق الفوائد على المصروفات على التحو الذي قدمناه ، سواء كان الوكيل بغير أجر أو كان مأجوراً ، فإن تقاضى الأجر لا يمنع الوكيل من تقاضى المصروفات وفوائدها^(٢) .

ويخصم الوكيل المصروفات وفوائدها من وقت الإنفاق من كل مال يقع في يده للموكل ، فإذا لم يكن للموكل مال في يد الوكيل ، أو كان له مال غير كاف ، فالم يستوفه الوكيل من المصروفات ينتج فوائد من وقت إنفاق المصروفات حتى يستجد مال للموكل في يد الوكيل فيخصم منه ما تجدد من المصروفات وفوائدها . وما لم يستوف من المصروفات يبقى متجاً لفوائده كما قدمنا ، وأما ما لم يستوف من الفوائد فيبقى سارياً دون أن ينتج فوائد بدوره^(٣) . وإلا كانت هذه فائدة مركبة وهي ممنوعة بحكم القانون (٢٣٢ مدني) . وعند انتهاء الوكالة يكون هناك رصيد مدين أودائن بحسب الأحوال ، ف يرجع به الموكل على الوكيل أو الوكيل على الموكل كما سبق القول . ويجوز للوكيل أن ينزل صراحة أو ضمناً عن تقاضى فوائد على المصروفات التي تنفقها ، ولا يعتبر هذا النزول هبة غير مباشرة ، بل هو يشبه القرض بغير فائدة^(٤) .

== يتقاضى فوائد على المصروفات التي أنفقها إذ هو غير مضارب، فلذا كان لا يبنى ربحاً غير الجزاء الحق على عمله فن البدل ألا يتحمل أيضاً خسارة - ويذهب الأستاذ أكثم أمين الحول - هناكذهب في سريان الفوائد على الوكيل الذي يستعمل مال الموكل لصالحه من وقت الاستعمال - إل أن أساس الفوائد هو الإثراء بلا سبب الذي يندرج فيه القانون قيمة التصويض تقديرأ جزائياً بسعر الفائدة القانونية (أكثم أمين الحول فقرة ١٩٠ ص ٢٣٦) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٧٠ .

(٢) نقض فرنسي ١٠ فبراير سنة ١٨٣٦ سيرة ٣٦ - ١ - ٥١٢ - ٢١ فوجير سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤ - ١ - ٢٦٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٢ ص ٩٢٣ - ولكن الأجر لا ينتج فوائد من يوم استحقاقه كما تنتج المصروفات فوائد من يوم إنفاقها ، إذ لم يرد نص في هذا المعنى بالنسبة إلى الأجر ، فلا تستحق فوائد على الأجر إلا من وقت المطالبة القضائية بالأجر وبفوائده طبقاً للقواعد العامة (انظر آنفاً فقرة ٢٧٧ في آخرها) .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرته ١٤٨٢ ص ٩٢٣ .

(٤) نقض فرنسي ١١ يونيو سنة ١٨٥٥ دالوز ٥٥ - ١ - ٤٢٠ - بودوي وقال في الوكالة فقرة ٧١٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٢ ص ٩٢٣ .

وقد جرى القضاء في فرنسا على أن وكيل القضايا (avoué)^(١) لا يستحق فوائد على المصروفات التي أنفقها من وقت الإنفاق ، استثناء من حكم المادة ٢٠٠١ مدني فرنسي التي تقضي بأن الوكيل يستحق هذه الفوائد من وقت الإنفاق ، فتسري الفوائد من وقت الإعذار وفقاً للقواعد العامة في شأن الفوائد^(٢) . ويعمل القضاء الفرنسي هذا الاستثناء بأن المادة ٢٠٠١ مدني فرنسي إنما تسري في وكالات التعامل (mandats ad negotia) لا في الوكالة بالخصومة (mandat ad litem) ، وبأن لأتباع وكيل القضايا تعريف مقرر لم ترد فيها الفوائد^(٣) . والحجتان لا وزن لهما ، فالتجيز بين وكالة التعامل والوكالة بالخصومة لا أساس له لا في القانون ولا في العدالة ، وتعريف الأتباع المقررة لوكلاء القضايا لا شأن لها بفوائد المصروفات . ومن ثم اعترض أكثر الفقهاء الفرنسيين على القضاء الفرنسي في هذه المسألة^(٤) . ولا محل للأخذ بهذا القضاء في مصر ، بل يجب القول بأن المحامي إذا أنفق مصروفات لحساب موكله ، كان دفع رسوم القضية من ماله الخاص ، فإنه يستحق فوائد على ما أنفق من يوم الاتفاق تطبيقاً لأحكام المادة ٧١٠ مدني

٢٨٨ — سقوط الالتزام برو المصروفات بالتقادم : ولم يرد نص خاص في سقوط التزام الموكل برد المصروفات بالتقادم ، فتسري القواعد العامة ، ويسقط هذا الالتزام بالتقادم بمضي خمس عشرة سنة من وقت

(١) وهو غير المحامي (avocat) ، ووكيل القضايا في فرنسا يقوم بإجراءات الدعوى وتقديم الطلبات ولذلك يعد وكيلاً من الخصم ، أما المحامي فيقوم بالمرافعة أمام المحكمة . وفي مصر يجمع المحامي بين الصليين ، ويتقاضى أتعابه منهما معاً .

(٢) في فرنسا تستحق الفوائد من وقت الإعذار ، لا من وقت المطالبة القضائية بها كما في مصر .

(٣) نقض فرنسي ٢٣ مارس سنة ١٨١٩ . chr. ٥ - ١٤ يناير سنة ١٨٦٨ سيري ٦٨ - ١ - ١٧٩ - ٢١ أغسطس سنة ١٨٧٢ سيري ٧٢ - ١ - ٣٧٩ - ٢٨ مارس سنة ١٨٥١ سيري ٥٢ - ٢ - ٥٧١ - ٨ نائي ١ يناير سنة ١٨٥٢ سيري ٥٢ - ٢ - ٥٧١ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٥٢ سيري ٥٣ - ٢ - ٥٥٩ .

(٤) - يون ١ فترة ١١١١ - لوران ٢٨ فترة ١٦ - بودري وفال في الوكالة فترة ٧١١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فترة ١٤٨٢ - جارسوني في المرافعات ١ فترة ٩٢ ص ٣٦٩ هامش ١٦ .

استحقاقه . ووقت الاستحقاق يكون عادة وقت التصديق على الحساب ، حيث يلزم الوكيل المصروفات التي أنفقها ، فإن بقي له رصيد دائر رجعه به على الموكل ، وفيه المصروفات التي أنفقها ، فتتقدم مع الرصيد بخمس عشرة سنة . وكذلك الأمر في الفوائد على المصروفات فإنها تدرج مع المصروفات في الحساب كما قدمنا ، ومن ثم لا تسقط بالتقدم إلا مع الرصيد ، وبخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات^(١) . أما فوائد الرصيد ذاته ، وهي تستحق من وقت الإعذار إذا كان الرصيد في مصلحة الموكل ومن وقت المطالبة القضائية بها إذا كان الرصيد في مصلحة الوكيل ، فتسقط بخمس سنوات ، شأنها في ذلك شأن كل دين دورى متجدد^(٢) .

وإذا طالب الوكيل الموكل بالمصروفات وفوائدها من وقت الإنفاق ، إما لأن مالا للموكل لا يوجد تحت يده وإما لأنه في حاجة إلى المال ، فإن المصروفات والفوائد تصبح مستحقة من وقت الإنفاق ، وتسقط بالتقدم ، الأول بخمس عشرة سنة ، والثانية بخمس سنوات^(٣) .

وتسقط المصروفات التي ينفقها المحامي لحساب موكله بالتقدم بخمس سنوات من وقت الإنفاق ، وذلك بنص صريح في المادة ٣٧٦ مدني إذ تقول : « تتقدم بخمس سنوات حقوق المحامين . . على أن تكون هذه الحقوق واجبة لم جزء مما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وماتكبلوه من مصروفات » . ثم تنص المادة ٣٧٩ مدني على أن « ١ - يبدأ سريان التقدم في الحقوق المذكورة في المادتين ٣٧٦ و ٣٧٨ من الوقت الذي يتم فيه الدائون تقديماتهم ، ولو استمروا يؤدون تقديمات أخرى . ٢ - وإذا حرر سند بحث من هذه

(١) نفقش فرنسي ١٨ فبراير سنة ١٨٣٦ ميرييه ٣٦ - ١ - ٩٤٠ - ٧ نوفمبر سنة ١٨٦٤ دالوز ٦٥ - ١ - ١٦٦ - ١٢ مارس سنة ١٨٧٨ دالوز ٧٨ - ١ - ٢٧٢ - جيراودفزة ١٥٨ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٣ هامش ٢ - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٨٢ ص ٩٢٣ - انظر عكس ذلك وأن الفوائد تسقط بخمس سنوات من وقت علم الموكل بالاتفاق : بودري وقال في الوكالة فقرة ٧١٥ - محمد حل غرقة ص ٤٠٢ (تسقط الفوائد بخمس سنوات من تاريخ تقديم الحساب) .

(٢) بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٨٢ ص ٩٢٣ - وتارن بودري وقال في الوكالة فقرة ٧١٥ .

(٣) قرب بودري وقال في الوكالة فقرة ٧١٥ .

الحقوق ، فلا يتقدم الحق إلا باقتضاء خمس عشرة سنة . فإذا حرر المأجر سنداً بمصرفاته ، لم تسقط هذه المصروفات إلا باقتضاء خمس عشرة سنة .

المطلب الثالث

التعويض عن الضرر

٢٨٩ — نص قانوني : تنص المادة ٧١١ من التقنين المدني على ما يأتي :
« يكون الموكل مسئولاً عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً »^(١) .

وليس لهذا النص مقابل في التقنين المدني القديم ، ولكن الحكم كاش معمولاً به دون نص^(٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٨٦ من المشروع النهائي على وجه ينفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأدخلت لجنة المراجعة فيه تعديلات لفظية فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٧٤٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١١ (مجموعة الأعمال التشريعية . ص ٢١٩ - ص ٢٢١) .

(٢) وجعل اقتضاء التعويض عن الضرر أصلاً يطرح منه التزام الموكل برد المصروفات الوكيل (٢٨٨/٦٤٩ مدني قديم) . وقد قضت محكمة النقض في هذا المنحى بأن الشارع المصري ، إذ أوجب حل الموكل في المادة ٥٢٨ مدني قديم أن يؤدي المصروفات المنصرفة من وكيله المقبولة قانوناً أي كانت نتيجة العمل إذا لم يحصل من الوكيل تقصير فيه ، كان يضيئ حتماً تعويض الوكيل تعويضاً كاملاً ، ويرى إلى تحقيق هذا الغرض الذي أن يتوافر إلا بإسقاط الوكيل بسباج من قضبان يكفل له الحصول على مقابل للضرر الذي يتحمل في شخصه وفي ماله . وإن كانت هذه المادة منقولة من المادة ١٩٩٩ من المجموعة المدنية الفرنسية التي تلتها المادة ٢٠٠٠ وفيها نص صريح على أن الموكل عليه تعويض الوكيل عن الضرر الذي يتحملها بشرط تقصيره بسبب قيامه بأعمال الوكالة ، إلا أنها في الواقع شاملة لكلتا الحالتين . فالمصاريف نوع من الخسائر ، وغروها من مال الوكيل من شأنه أن ينقص هذا المال ويقلص به خسارة تعادل النقص الذي حل به . وإذا كان المشرع الفرنسي قد عمد إلى الإصباح والإيضاح ، فقد نحا المشرع المصري في القانون المدني القديم منح طابعه الإيجاز ، فقرر مبدأ التعويض ، وترك الباب مفتوحاً أمام القاضي في مجال التطبيق للسبل لتفسير المبدأ إلى غاية ، ويجعل الموكل تبعة تعويض الوكيل مادام هذا الأخير يعمل في حدود الوكالة ومادام الضرر لم يكن ناشئاً عن خطأ وتقصيره . وإيراد المشرع المصري لهذا المبدأ في المادة ٧١١ مدني جديد ، التي تنص على أن الموكل يكون مسئولاً عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً ، لم يقصد به الاستحداث بل زيادة الإيضاح (نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥٦ ص ٢٩٤) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري م ٦٧٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٧١١ - وفي التقنين المدني العراقي لا مقابل - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٩٣ فقرة أخيرة^(١) .

٣٩٠- **الشرطان الواجب توافرها لتحقيق مسؤولية الموكل** : ويبين من النص ما لفظ الذكر أن هناك شرطين يجب توافرها حتى تتحقق مسؤولية الموكل عما أصاب الوكيل من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة ؛ « الشرط الأول » أن يكون تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد هو السبب في الضرر الذي أصاب الوكيل . (الشرط الثاني) ألا يثبت خطأ في جانب الوكيل . فإذا توافر هذان الشرطان تحققت مسؤولية الموكل ، وليس يلزم بعد ذلك أن يتوافر أى شرط آخر إذ النص لا يتطلب إلا هذين الشرطين .

فنتعرض كلا من الشرطين المتقدمين الذكر ، ثم نستعرض ما لا يشترط توافره .

٣٩١- **الشرط الأول - تنفيذ الوكالة هو السبب في الضرر** : يشترط القانون أن يكون الوكيل قد أصابه ضرر بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً . فيجب أن يكون تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً هو السبب المباشر في الضرر . فإذا خرج الوكيل في تنفيذ الوكالة عن السلك المعتاد ، وأصيب من جراء ذلك بضرر ، لم يكن الموكل مسؤولاً^(٢) . وإذا لم يكن تنفيذ الوكالة هو

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٧٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧١١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

تتضمن الموجبات والعقود اللبناني م ٧٩٤ فقرة أخيرة : « عل أن الموكل لا يلزم بالموجبات التي ترتبط بها الوكيل ولا بالحسرة التي تحملها خطأ ارتكبه أو لأصابع عارضة من الوكالة . (ويفهم من هذا النص ، بدلول مخالفة . أن الموكل يلزم بالحسرة التي تحملها الوكيل بسبب تنفيذ الوكالة إذا كان الوكيل لم يرتكب خطأ في تنفيذها . فتكون أحكام التقنينين اللباني متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

(٢) ويمكن القول بأن خروج الوكيل في تنفيذ الوكالة عن السلوك المعتاد يكون خطأ منه ، فيختل الشرط الثاني من شروط تحقق مسؤولية الموكل وهو علم ثبوت خطأ في جانب الوكيل ، فلا يكون الموكل مسؤولاً .

السبب المباشر في الضرر ، انتفت مسئولية الموكل ، حتى لو كان الضرر قد تحقق في مناسبة (à l'occasion) تنفيذ الوكالة .

وقد كان القانون الروماني في هذا المعنى ، فكان لا يلزم الموكل بتعويض الضرر الذي يصيب الوكيل في مناسبة تنفيذ الوكالة . فإذا أصيب الوكيل في أثناء تنفيذ الوكالة - لا بسبب هذا التنفيذ - بضرر ، كأن سرقت أمتعته أو أصيب في حادث فجرح أو قتل أو غرق ، لم يكن الموكل مسئولاً عن ذلك . ولكن القانون الفرنسي القديم توسع في مسئولية الموكل ، فجعلها تشمل أيضاً الضرر الذي يصيب الوكيل في مناسبة تنفيذ الوكالة . ونقل التقيين المدني الفرنسي عن القانون الفرنسي القديم هذا الحكم ، فقضى في المادة ٢٠٠٠ منه بمسئولية الموكل عن الضرر الذي يصيب الوكيل « في مناسبة قيامه بالعمل » (à l'occasion de sa gestion) .

ولما كان الموكل ، في مسئولية عن الضرر الذي يصيب الوكيل ، إنما يتحمل تبعه هي أقرب إلى الضمان منها إلى المسئولية ، فالتوسع في هذه المسئولية إلى حد أن تشمل الضرر الذي يصيب الوكيل في « مناسبة » تنفيذ الوكالة أمر خطير^(١) . فالوكيل ليس أجبر بالرعاية من العامل في عقد العمل ، والعامل إنما يعرض عن الضرر الذي يصيبه في أثناء العمل بقدر محدود^(٢) . ومن ثم نرى أن التقيين المدني المصري الجديد قد قصر مسئولية الموكل على الضرر الذي يصيب الوكيل « بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً » ، فاشتراط أن يكون تنفيذ الوكالة هو السبب المباشر في الضرر .

فإذا وكل شخص في شراء سيارة ، وفي أثناء تجربته للسيارة التي اجترم

(١) قرب أكرم أمين المحول فقرة ١٩١ ص ٢٢٧ .

(٢) على أن هناك اتجاهات عند فريق من فقهاء القانون الفرنسي يميل إلى التوسع ، ويذهب إلى جعل التزام الموكل بتعويض الوكيل عن الضرر ليس إلا تطبيقاً لمبدأ عام يقتضي بالتزام رب العمل بتعويض من يعمل لحسابه - وكذا كان أو مقاولاً أو عاملاً أو غير ذلك - عن الضرر الذي يصيبه بسبب العمل الذي يقوم به (انظر Dereux في الضرر الذي يصيب من يعمل لحساب غيره المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٠٨) . ولكن هذا الاتجاه لم يمد ، فالمسلم في الفقه الفرنسي أن الالتزام بالتعويض مقصور على الوكالة ، فلا يلتزم رب العمل بتعويض المقاول عن الضرر الذي يصيبه بسبب تنفيذ العمل (بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٢٢ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٣٠٢٧ ص ٩٢١ هاش ١) .

شراءها للموكل دهن شخصاً في الطريق ، فتحققت مسؤوليته باعتباره حارساً للسيارة لا بناء على خطأ ثبت في جانبه ، فإنه يكون مسئولاً عن التعويض نحو المصاب ، ويرجع هذا التعويض على الموكل إذ هو ضرر أصابه وخسارة تحملها بسبب تنفيذه للوكالة تنفيذاً معتاداً . أما إذا ثبت خطأ في جانبه ، فإن الموكل لا يكون مسئولاً^(١) ، فشرط تحقق مسؤولية الموكل ألا يثبت خطأ في جانب الوكيل كما سرى . وإذا كان تنفيذ الوكالة في ذاته يحقق مسؤولية الوكيل المدنية أو الجنائية : كما وقع في قضية وكل فيها أحد اليهود الألمان شخصاً في تحصيل أمواله وتصديرها إليه عندما اضطرت له القوانين النازية أن يغادر البلاد ، فنجس الوكيل بسبب تنفيذ هذه الوكالة وغرم ، فإن الموكل يكون في هذه الحالة مسئولاً عن تعويض الوكيل^(٢) . وإذا كان الوكيل بين أن ينقذ مالا مملوكاً له أو مالا في يده للموكل ، أو كان في وسعه أن يتحاشى هلاك مال الموكل باستعمال ماله الخاص ، فإنه لا يلتزم ، كما يلتزم المستعير (م ٦٤١ مدني) ، بتضحية ماله من أجل مال الموكل . فإذا هو فعل ، وأنقذ مال الموكل بتضحية ماله الخاص ، كان هذا ضرراً أصابه بسبب تنفيذ الوكالة ، وجاز له أن يرجع بالتعويض على الموكل . وإذا ضيع الوكيل على نفسه صفقة حتى يحقق للموكل ربحاً أكبر مما خسرته هو بسبب ضياع الصفقة عليه ، كان له أن يرجع على الموكل بتعويض هذه الخسارة . والوكيل في ذلك ليس أقل جدارة باستحقاق التعويض من الفضولي ، والفضولي يستحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل (م ١٩٥ مدني) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وإذا أصاب الوكيل ضرر من تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ، ولم يكن قد ارتكب خطأ تسبب عنه هذا الضرر ، فإن له أن يرجع على الموكل بتعويض هذا الضرر كما يرجع الفضولي ، مثال ذلك أن يضحى بمصلحة شخصية حرصاً على مصلحة أكبر للموكل »^(٣) .

(١) وقد قضى بيمين مسؤولية الموكل إلا إذا أثبت الوكيل أن الحادث لم يقع بخطأ منه (ليون الاستثنائية ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ سيرة ١٩٣٨ - ٢ - ٣١ - أوبري وور وإسبان ٦ فترة ٤١٤ ص ٢٢٤ هامش ٤) .

(٢) كولمار ١٦ فبراير سنة ١٩٣٧ جازيت دي باليه ١٩٣٧ - ١ - ٨٦٢ - أنيكلوليدس دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٨٤ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٣ - وقد قضى بأن الوكيل بالمعولة إذا وكل -

أما إذا لم يكن تنفيذ الوكالة هو السبب المباشر في الضرر ، فإن الموكل لا يكون مسئولاً ، ولو كان الضرر قد وقع في مناسبة هذا التنفيذ كما سبق القول . فإذا وكل حمام في قضية اقتضته أن يسافر إلى مقر المحكمة ، فركب قطاراً أو سيارة أو سفينة ، وفي الطريق وقع اصطدام بالقطار أو بالسيارة أو غرقت السفينة ، ففجر الحماي أو قتل أو غرق ، لم يكن الموكل مسئولاً عن التعويض . وكذلك لو أصاب الحماي ضرر مالي ، كان سرقة أمتعته في الطريق أو ضاعت أو تمزقت ملابسه بسبب حادث وقع ، فإن الموكل لا يكون مسئولاً^(١) . ويبدو أن مسئولية الموكل في القانون الفرنسي تتحقق في هذه الأحوال ، نظراً لأن نص التتبعين الملحق بالفرنسي أوسع من نص التتبعين الملحق بالمصري ، فهو لا يقتصر على إيجاب التعويض عن الضرر بسبب تنفيذ الوكالة كما اقتصر نص التتبعين الملحق بالمصري ، بل يجاوز ذلك إلى إيجاب التعويض عن الضرر الذي يقع في مناسبة تنفيذ الوكالة^(٢) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . على أنه يجوز أن يعصب الوكيل ضرر في جسمه أو في ماله بسبب قيامه بأعمال الوكالة نفسها ، فيكون الموكل مسئولاً عن التعويض حتى في القانون المصري . مثل ذلك أن تكون

— في بيع أسهم في بورصة أو في شرائها ، فباع أو اشترى ، ثم تخلف الموكل من تسليم الأسهم التي وكل في بيعها أو تسليمها من الأسهم التي وكل في شرائها ، فنقد حل الوكيل بالمسئولة ، كان هذا الوكيل أن يرجع حل الموكل بما لحقه من الخسارة من جراء ذلك (نقض فرنسي ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٥٣٧) . ويدخل في التعويض المستحق للوكيل عما أصابه من الخسارة أن يلتزم الوكيل باسمه الشخصي لحساب الموكل كما في الاسم المستعار (المسخر) ، فيلتزم الموكل أن يرى ذمة الوكيل من هذا الالتزام (نقض فرنسي أول يولييه سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ - ١ - ٤٦٤ - ٥ أغسطس سنة ١٨٨٠ دالوز ٨١ - ١ - ١٦٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨١ ص ٩٢٢) .

(١) أكرم أمين الخولي فقرة ١٩١ ص ٢٣٧ - وقارن محمد علي حرفة ص ٤٠٢ - ص ٤٠٣ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٣١ .

(٢) نقض فرنسي ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٤٢٨ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٤٨١ - باريس ١٤ أغسطس سنة ١٨٥٢ دالوز ٥٣ - ٢ - ٧٥ - إكس ٢٣ أكتوبر سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ٢ - ٣٠١ - باريس ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٤ - ٢ - ٤١٨ - السين ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٦ - ٥ - ٦٠ - جيار فقرة ١٧٤ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٢٠ - أوبري دور وإسبان ٦ فقرة ١٤ ص ٢٢٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨١ ص ٩٢٢ - جورمان ٢ فقرة ١٣١٣ (ويصف التزام الموكل بأنه التزام عقلي بضمان السلامة ترتب في ذمة الموكل نحو الوكيل) .

الوكالة بالذات واقعة على استئجار قطار أو سيارة أو سفينة للقيام برحلة مدرسية أو رحلة عمالية أو نحو ذلك ، فيجرح الوكيل أو يقتل أو يفرق ، فيكون الضرر قد أصابه بسبب تنفيذ الوكالة ، ويكون الموكل مسئولاً عن التعويض^(١) ،

٢٩٢ - الشرط الثاني - لخطأ في جانب الوكيل : ولا يكون الموكل مسئولاً عن الضرر الذي يصيب الوكيل بسبب تنفيذ الوكالة إلا إذا كان لم يثبت خطأ في جانب الوكيل . وتنص المادة ٧١١ مدني صراحة على هذا الشرط ، فهي تقضي بمسئولية الموكل « عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه » ، فإن ارتكب الوكيل خطأ في تنفيذ الوكالة ، كان جاوز حدود التوكيل فأصبح مسئولاً نحو من تعامل معه ، أو ارتكب خطأ جعله مسئولاً قبل الغير ، أو ارتكب مخالفة حكم عليه بالغرامة فيها ، فإن الموكل لا يكون مسئولاً عن تعويضه الضرر الذي لحق به من جراء الحكم عليه بالتعويض أو بالغرامة^(٢) .

فإذا لم يثبت خطأ في جانب الوكيل^(٣) ، فإن الموكل يكون مسئولاً ، سواء حدث الضرر للوكيل بخطأ الموكل أو بخطأ الغير أو بقوة قاهرة .

٢٩٣ - ما لا يسترط نوافره : متى توافر الشرطان المتقدمان الذكر ،

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بمسئولية صاحب السفينة عن تعويض قبطانها بسبب القبض عليه من السلطات اليونانية في أثناء الحرب ما بين تركيا واليونان ، وهو يصل جنوداً هاليبين وأسلحة وذخائر (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١١٢) . وقضت أيضاً بمسئولية الموكل عن تعويض ورثة الوكيل الذي قتل في أثناء قيامه بتنفيذ الوكالة (استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٧٩) .

(٢) باريس ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٤ - ٢ - ٤١٨ - ٤ يونيو سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١١ - ٢ - ٣٠١ - جيوار ١٧٥ - بودوي وفال في الوكالة بقرة ٧٠٩ وقرة ٧٢١ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ قرة ١٤٨١ ص ٩٢٢ هامش ١ .

وقد قلنا أنه قد يقضي على الوكيل بالتعويض لعل يأتيه في تنفيذ الوكالة دون أن يثبت خطأ في جانبه ، وتكون مسئوليته قائمة على أساس حراسته لسيارة أو لحيوان ، في هذه الحالة لا يكون قد ارتكب خطأ يبنى مسئوليته الموكل ويكون هذا مسئولاً عن تعويض الوكيل (انظر آنفاً بقرة ٢٩١) .

(٣) وعقب الإثبات يقع على الوكيل ، فعليه أن يثبت أن الضرر قد وقع عليه دون أن يرتكب خطأ (قرب ليون ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ ميرييه ١٩٣٨ - ٢ - ٣١ - أوبري ورو وإسبان ٦ قرة ٤١٤ ص ٣٣٤ هامش ٤ - وانظر آنفاً بقرة ٢٩١ في الخامس) .

فإن مسؤولية الموكل تتحقق ، ويجب عليه تعويض الوكيل عما أصابه من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة .

ويستوى في ذلك أن تكون الوكالة غير مأجورة أو تكون مأجورة ، فإن نص المادة ٧١١ مدني لا يميز بين الوكيل غير المأجور والوكيل للمأجور . ومن ثم يكون الموكل مسئولاً عن تعويض الوكيل عن الضرر الذي أصابه بسبب تنفيذه للوكالة ، حتى لو كان مأجوراً^(١) .

ويستوى في ذلك أيضاً أن يكون الوكيل قد نجح في مهمته أو لم ينجح ، فإن المادة ٧١١ مدني لم تشترط نجاح الوكيل في مهمته حتى يرجع بالتعويض على الموكل عن الضرر الذي أصابه بسبب تنفيذ الوكالة . ورجوع الوكيل على الموكل بالتعويض كرجوعه عليه بالمصروفات ، لا يشترط في كليهما أن يكون الوكيل قد نجح في مهمته ، وقد سبق بيان ذلك في رجوع الوكيل بالمصروفات^(٢) .

ويستوى في ذلك أخيراً أن يكون الضرر الذي أصاب الوكيل قد ظهر في أثناء تنفيذ الوكالة أو ظهر بعد أن تم تنفيذها . فإدام تنفيذ الوكالة هو السبب المباشر في الضرر ، فإن الموكل يكون ملتزماً بالتعويض^(٣) .

٣٩٤ - مصدر التزام الموكل بالتعويض : والتزام الموكل بتعويض

- (١) ترولون فقرة ٦٧٢ - جيوار فقرة ١٧٤ - بودي وفال في الوكالة فقرة ٧٢٣ - بلاتيل وريير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٨١ - انظر عكس ذلك وأنه يشترط أن تكون الوكالة غير مأجورة أكرم أمين المحل فقرة ١٩١ ص ٢٣٧ .
- (٢) انظر ألكاً فقرة ٢٨٦ - جيوار فقرة ١٧٤ - بودي وفال في الوكالة فقرة ٧٢٢ .
- (٣) قفص فرنسي ٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ سيرة ٩١ - ١ - ٥١٨ - باريس ٢٦ يولييه سنة ١٨٩٥ سيرة ٩٧ - ٢ - ٣٠٥ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ سيرة ١٩٠٤ - ٢ - ٢٨٩ - بودي وفال في الوكالة فقرة ٧٢٠ مكررة - بلاتيل وريير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٨١ ص ٩٢٢ .

ويذهب الأستاذ أكرم أمين المحل إلى اشتراط عدم وجود من يلتزم بتعويض الضرر الذي أصاب الوكيل ، حتى يستطیع الوكيل أن يرجع بالتعويض على الموكل الذي لم يرتكب أى خطأ (أكرم أمين المحل فقرة ١٩١ ص ٢٣٧) . ونرى أن القانون لم يشترط إلا انتفاء خطأ الوكيل ، أما إذا وجد شخص يكون مسئولاً عن الضرر الذي أصاب الوكيل ، فإن ذلك يجعل هذا الشخص هو والموكل مأ مسئولين بالتضام نحو الوكيل . وإذا رجح الوكيل على الموكل بموجب المسؤولية التقديرية ، جاز أن يرجع الموكل بموجب المسؤولية التقديرية على هذا الشخص المسئول عن الضرر الذي أصاب الوكيل .

الوكيل عن الضرر الذي أصابه بسبب تنفيذ الوكالة مصلده عقد الوكالة بالذات ، شأن هذا الالتزام في ذلك شأن الالتزام ببرد المصروفات فيما قلنا^(١) . ومن هنا أيضاً كانت الوكالة عقداً ملزماً للجانبين إذا كان هناك تعويض يلتزم الموكل بدفعه للوكيل^(٢) .

وعلى الوكيل يقع عبء إثبات أن هناك ضرراً لحقه بسبب تنفيذ الوكالة ، كما يقع عليه عبء إثبات أن هذا الضرر لم يقع بخطأ منه وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك^(٣) .

ولما كان التزام الموكل بتعويض الوكيل مصلده عقد الوكالة كما قلنا ، فإن مسئولية الموكل عن التعويض تكون مسئولية عقدية لامتسولية تقصيرية . ويرتب على ذلك أمران : (الأمر الأول) أنه يجوز للموكل أن يشترط إعفاؤه من هذه المسئولية ، ولو كانت المسئولية تقصيرية لما جاز له ذلك^(٤) . (الأمر الثاني) أن التزام الموكل بالتعويض يسقط بخمس عشرة سنة طبقاً للقواعد العامة في المسئولية العقدية^(٥) ، وتسرى المدة من وقت وقوع الضرر أو من وقت التصديق على الحساب . ولو كانت المسئولية تقصيرية ، لسقط الالتزام بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة بحسب الأحوال .

المطلب الرابع

الضمانات التي تكفل التزامات الموكل

٢٩٥ - يباه هذه الضمانات : الوكيل ، في الرجوع على الموكل

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٨٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٠٨ - وقارن بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٠٠ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٩١ في الهامش و فقرة ٢٩٢ في الهامش .

(٤) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٢٣ - محمد علي عرفة ص ٤٠٣ - وكما يجوز أن يكون هذا الاشتراط صريحاً ، يجوز كذلك أن يكون ضمناً . ويمكن أن يستخلص الاشتراط الضمني من ظروف الوكالة ومن حالة الوكيل ، وبخاصة إذا كان الوكيل بأجر وكان الضرر الذي أصابه هو الضرر المألوف الذي يتعرض له بسبب مهنته .

(٥) باريس ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ سريه ١٩٠٤ - ٢ - ٢٨٩ - بودرى وقال في الوكالة

فقرة ٧٢٤ مكررة .

بالتزاماته ، الضمانات التي يكفلها له القانون العام : فهو يرجع على أموال الموكل ، شأنه في ذلك شأن سائر الدائنين . وله ، إذا حصل على حكم واجب التنفيذ ، أن يأخذ اختصاصا بمقاررات الموكل (م ١٠٨٥ مدني) ، كما أن له أن يتخذ على جميع أموال الموكل بالطرق التي قررها قانون المرافعات . ولم يقرر القانون امتيازاً خاصاً للوكيل على مال موكله أو على المال الذي يكون في يده للموكل^(١) . ولكن إذا كانت الوكالة تقتضي أن يصرف الوكيل مبالغ في حفظ مقول للموكل أوفياً يلزم له من ترميم ، كان لهذه المبالغ ولأجر الوكيل حتى امتياز على المقول وفقاً لأحكام المادة ١١٤٠ مدني^(٢) .

وقد قلنا أن للمحامي ، لكفالة أتعابه ، ضمانات خاصة ، هي حق اختصاصه بمقاررات موكله في حالات تجاوز القانون العام وحق الامتياز على مآل للموكل في النزاع موضوع التوكيل^(٣) .

(١) أما بالنسبة إلى الوكيل بالعمولة ، فقد نصت المادة ٨٥ من التقنين التجاري على أن « الوكيل بالعمولة حق الامتياز على البضائع المرسله أو المسلمة إليه أو المودعة عنده بمجرد الإرسال أو الإيداع أو التسليم ، وله أيضاً حق حبسها ، فيستندم على غيره في استيفاء المبالغ التي أقرضها أو دفعها ، سواء كان قبل إرسال البضائع أو استلامها أو في أثناء وجودها في حيازته . ولا يكون هذا الامتياز إلا بالشروط المقررة في المادة ٧٧ . وتدخل في ديون الوكيل الممتازة القروال والعمولة والمصاريف فضلاً عن الأصل » . ونصت المادة ٨٦ على ما يأتي : « والوكيل المذكور أيضاً حق الامتياز على الأوراق التجارية المخصصة لسداد شيء ما دامت تحت يده ، وله أيضاً حق حبسها » . ونصت المادة ٨٧ على أن « امتياز الوكيل بالعمولة مقدم على جميع الامتيازات الأخرى » . وانظر أيضاً المادتين ٨٨ - ٨٩ - من التقنين التجاري .

ولا يجوز للوكيل بالعمولة إجبار الموكل على أن يضع تحت تصرفه البضائع التي تتاهد معه على تصريفها لحسابه . وقد قضت محكمة النقض بأن عقد الوكالة بالعمولة ، وإن يكن مقداً تبادلياً ملزماً طرفيه ساً ، فإنه ، بحسب الأصل ، لا يلزم الموكل إلا بأن يدفع للوكيل العمولة ، أي الأجرة المطلق عليها ، مع ما يكون الوكيل قد صرفه في سبيل الوكالة ونحواته من وقت صرفه . فلا وجه للوكيل في مساملة الموكل - في غير حالة الشرط السريع - إذا هو لم يضع تحت تصرف الوكيل البضائع التي تتاهد معه على تصريفها لحسابه (نقض مدني ٢ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٢ ص ٢٩٢) .

(٢) نقض فرنسي ٢١ يناير سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩١٠ - ١ - ١٦١ - يودري وقال في الوكالة بقرة ٧٦٢ - جوار بقرة ١٨٠ - بلانيول وريير وسافتيه ١١ بقرة ٨٧ : ص ٩٣١ .

(٣) انظر كلاً بقرة ٢٨٢ .

يبقى أن للوكيل ، محامياً كان أو غير محام ، ضمانين خاصين يكتلان التزامات الموكل نحوه ، هما الحبس والتضامن في حالة تعدد الموكلين ، وهذان الضمانان هما اللذان تتولى الآن بحثهما .

٢٩٦ - الحبس : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدق يتضمن نصاً في هذه المسألة ، فكانت المادة ٩٨٧ من المشروع تنص على ما يأتي : « للوكيل الحق في حبس الأشياء التي يملكها الموكل وتكون في يد الوكيل بحكم الوكالة ، وذلك ضماناً لتنفيذ الموكل لالتزاماته »^(١) . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة « لأن حكمها مستفاد من قواعد الحبس »^(٢) .

ولما كان التزام الوكيل برد ما في يده للموكل مرتبطاً بالتزامات الموكل الناشئة عن عقد الوكالة ، فإن المادة ١/٢٤٦ مدني تنفي عن النص الحذوف ، وهي تقرر القاعدة العامة في الحبس إذ تقول : « لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مرتبط عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو مادام الدائن لم يتم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا » . فيجوز إذن للوكيل أن يحبس ما في يده للموكل حتى يستوفي منه ما هو ملتزم به بموجب عقد الوكالة . وقد قدمنا أن الوكيل يلتزم بأن يرد كل ما كسبه لحساب الموكل وكل ما وقع في يده من مال أو أوراق للموكل بسبب الوكالة . فبرد ما اشتراه لحساب الموكل من بضائع وأعيان وأوراق مالية ، وما قبضه لحساب الموكل من حقوق كدين أو أئمن أو أجرة ، وما في يده من أوراق ومستندات تتعلق بالوكالة وتخص الموكل^(٣) . ومن ثم يكون له أن يحبس كل هذه الأشياء والأموال حتى يستوفي حقوقه من الموكل ، من أجر ومصروفات وتعويض^(٤) . ونقول المذكورة الإيضاحية للمشروع

(١) وتنص المادة ٧٩٨ من تقنين الموجبات والمقود البتاني على أنه « يحق للوكيل أن يحبس عند متغولات الموكل أو بضائمه التي سلمت أو أرسلت إليه ، حتى يستوفي ما حق له عليه وفقاً لأحكام المادة ٧٩٣ » .

(٢) مجموعة الأعمال التصديرية « ص ٢٢٠ في الملحق » .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٦٩ وفترة ٢٧١ .

(٤) استئناف مخطط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ - نقض فرنس ١٧ يناير سنة ١٩٣٦ م ٦٦ - ١ - ٧٧ - ١٠ أغسطس سنة ١٨٧٠ م ٧١ - ١ - ٤٠ - =

التهديد في هذا الصدد : « وللوكيل ، ضماناً لاستيفاء حقوقه ، أن يحبس ما وقع في يده من مال الموكل بحكم الوكالة ، كئثن ما وكل في بيعه والحق الذي استوفاه للموكل من مدينه . وهذا تطبيق ظاهر للمبدأ العام في الحبس »^(١). بل إن للوكيل أن يستعمل حق الحبس حتى يسلمه الموكل المخالصة بإبراء ذمته بعد التصديق على الحساب ، فإن الموكل يلتزم بإعطاء هذه المخالصة للوكيل على ما قدمنا^(٢) ، فإذا امتنع عن إعطائها له كان للوكيل أن يحبس ما في يده^(٣) .

وقد قلنا أن الوكيل يلتزم برد سند التوكيل للموكل عند انتهاء الوكالة ، وأنه لا يجوز له أن يحبس هذا السند ولو كانت له حقه في ذمة الموكل. لم يستوفها ، فتحيل هنا إلى ما ذكرناه هناك^(٤) .

وإذا فوض للوكيل أن يقوم بصفقات متفرقة لموكل واحد لا توجد رابطة بينها ، كما إذا وكل في قبض حقوق أو كيالات مختلفة في ذمة مدينين متعددين ، فإنه لا يستطيع أن يحبس في صفقة ما وقع في يده بسبب صفقة أخرى ، وتقوم كل صفقة عن أساس وكالة مستقلة^(٥) . فإذا كانت الصفقات مرتبطة بعضها

١ = فبراير سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٧ - ١ - ٧٩ - ٢٥ يناير سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٦٠١ - جيوار فقرة ١٥٠ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٦٢ (مع ذلك انظر فقرة ٧٦٧ حيث يلحان إلى أن الأمر لا يرتبط بما للموكل في يد الوكيل ، فلا يكون لهذا الأخير حق الحبس. لاستيفاء الأجر) - أوبري ورو وإسان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه. ١١ فقرة ١٤٨٧ ص ٩٣١ - كولان وكاينيان وحى لامورافيرير ٢ فقرة ١٣٦٢ ص ٨٧٢ - چوسران ٢ فقرة ١٤١٦ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٢٣ .

(٢) انظر آتفاً فقرة ٢٧٢ .

(٣) نقض فرنسي ٢١ مايو سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ - ١ - ٢٦٥ - أميان ٤ يناير سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ - ٢ - ٣٧٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٧ ص ٩٣١ - يمكن ذلك بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٦٤ مكررة - محمد علي عرلة ص ٤٠٤ .

(٤) انظر آتفاً فقرة ٢٧١ - وكذلك قلنا أن الهامى ليس له أن يحبس في أنمايه المستندات والأوراق التي لموكله ، وإنما له أن يستخرج على نفقة موكله صورة من جميع المحررات التي تصلح سنداً له في المطالبة ، وأن يحبس للمستندات والأوراق الأصلية حتى يؤدي له الموكل مصروفات استخراج تلك المحررات ، وذلك كله طبقاً لأحكام المادة ٤١ من قانون الحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ (انظر آتفاً فقرة ٢٧١ في الخامس) .

(٥) نقض فرنسي ٦ ديسمبر سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٢ - ١ - ٥٦ - بودري ١٤ مايو -

يخص بحيث تقوم كلها على وكالة واحدة ويقدم عنها حساب واحد ، جاز للوكيل أن يعتبر الصفقات كلاً لا يقبل التجزئة ، وأن يجلس في صفقة ما وقع في يده بسبب صفقة أخرى^(١) .

وإذا رد الوكيل للموكل ما تحت يده ، انتهى حق الجلس . وقد قضى بأن الوكيل في إدارة أرض زراعية ، إذا رد الأرض للموكل مع المحصول ، انتهى حق حبسه للمحصول إذ هو تابع للأرض والتابع يسرى عليه حكم الأصل^(٢) .

٢٩٧ - تضامن الموكلين المتعديين - نص قانوني : تنص المادة ٧١٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا وكل أشخاص متعددون وكيلًا واحدًا في عمل مشترك ، كان جميع الموكلين متضامين قبل الوكيل في تنفيذ الوكالة ، ما لم يتفق على غير ذلك^(٣) .

= سنة ١٨٧٩ دالوز ٨٠ - ٢ - ٧٦ - يوردي وقال في الوكالة فقرة ٧٦٥ - محمد عل مرقة ص ٤٠٤ - آكثم أمين الخول فقرة ١٩٢ ص ٢٤٠ .

(١) أنجيه ١٠ يولييه سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ - ٥٣١ - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٨٧ ص ٩٣٢ - محمد عل مرقة ص ٤٠٤ - آكثم أمين الخول فقرة ١٩٢ ص ٢٤٠ .

(٢) استئناف غنطط ١٤ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٨ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٨٨ من المشروع التمهيدي على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٢١ - ص ٢٢٤) .

ولما مقابل النص في التقنين المدني القديم . ولما كان التضامن في الالتزامات التقديرية لا يثبت إلا بنص ، فإنه كان لا يقوم بين الموكلين المتعديين في عهد التقنين المدني القديم (مصر الوطنية ١٤ نولير سنة ١٩٣٢ المضافة ١٤ رقم ١٣٦ ص ٢٥٨) . والبررة بتاريخ الوكالة ، فإن عقدت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٢٩ لم يكن هناك تضامن بين الموكلين المتعديين تطبيقاً لأحكام التقنين المدني القديم ، وإلا فإن أحكام التقنين المدني الجديد هي التي تسري ويقوم التضامن بين الموكلين المتعديين .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٧٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧١٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل (خلا تضامن بين الموكلين المتعديين) .

تقنين الموجهات والفرد اللبناني م ٧٩٧ : إذا كانت الوكالة صادرة عن جهة أشخاص في =

ويتبين من النص سالف الذكر أنه إذا تعدد الموكلون في تصرف واحد ، كانوا متضامنين في التزاماتهم نحو الوكيل . والأصل أنه لا يقوم التضامن في الالتزامات العقدية إلا بنص ، ولما كانت التزامات الموكل ناشئة عن العقد فإن التضامن كان لا يقوم بين الموكلين المتعديين لولا هذا النص الذي خرج في هذه المسألة على القواعد المقررة في التضامن^(١) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في هذا الصدد : « وإذا تعدد الموكلون في العمل الواحد ، كانوا متضامنين في التزاماتهم قبل الوكيل دون حاجة إلى شرط خاص في ذلك . وفي هذا استثناء من القاعدة التي تقضي بأن التضامن في المسؤولية التعاقدية لا يكون إلا بشرط خاص . وإذا أريد نفي التضامن ، وجب اشتراط ذلك^(٢) » .

وتضامن الموكلين في التزاماتهم نحو الوكيل يقابل تضامن الوكلاء في التزاماتهم نحو الموكل^(٣) . والنص سالف الذكر يقرر تضامن الموكلين في التزاماتهم نحو الوكيل ، ولا يقرر تضامن الموكلين في حقوقهم التي ترتب في ذمة الوكيل ، فلا تضامن بينهم في هذه الحقوق ، وقد رأينا مثل ذلك في عدم تضامن الوكلاء في حقوقهم التي ترتب في ذمة الموكل^(٤) . وإذا تعدد الموكلون

— قضية مشتركة بينهم ، فكل شخص منهم يكون مسئولاً تجاه الوكيل على نسبة مصلحته في القضية ، ما لم يكن هناك نص مخالف .

(١) والتفتين اللبناني صريح في أن التضامن لا يقوم بين الموكلين إلا باتفاق خاص ، وكان يكفي تقرير هذا الحكم أن يسكت إذ لا يقوم التضامن في الالتزامات العقدية إلا بنص . ويختلف التفتين اللبناني في هذا عن التفتين المصري الذي يقرر بنص صريح تضامن الموكلين المتعديين .

(٢) ومع أنه كان لا يوجد في التفتين الملغى القديم نص يقضي بتضامن الموكلين على ما بيناه ، فإن القضاء المخطئ كان في عهد هذا التفتين يقضي تحكياً بالتضامن : استئناف مخطئ ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ - ٧٣ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٨٠ - ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٥ - ٢٥ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٤٦ - ٤ يناير سنة ١٩٣٤ م ١٩٣٤ ص ١١٤ - واقطر في تضام (لا تفتين) الموكلين : استئناف مخطئ ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٦ . ولكن القضاء الوطني كان يقضي بحل المكرمين ذلك بعدم قيام التضامن بين الموكلين المتعديين : مصر الوطنية ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ الهامة ١٤ رقم ١٣٦ ص ٢٥٨ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) - وانظر محمد حل مرة ص ٤٠٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٢٣ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٦٠ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٦٠ .

والوكلاء في عمل واحد ، كان الموكلون وكذلك الوكلاء متضامين في التزاماتهم ، وغير متضامين في حقوقهم .

ويشترط النص سالف الذكر أن يكون هناك موكلون متعددون في عمل مشترك ، فهناك إذن شرطان : (١) أن يكون هناك موكلون متعددون . فلا بد من عقد وكالة ، ومن ثم لا يقوم التضامن في النيابة القانونية ولا في النيابة القضائية إذا تعدد الأصيل . فلا يقوم التضامن بين المحجورين المتعدين نحو الولي أو الوصي أو القيم^(١) ، ولا يقوم التضامن بين الموضوعين تحت الحراسة المتعدين أو الدائنين المتعدين نحو الخارس القضائي أو أمور التفليس^(٢) . وإذا كان هناك عمل مشترك بين أشخاص متعددين ، وأقام بعضهم دون بعض وكيلًا في هذا العمل ، فإن من أقام الوكيل هم الذين يكونون متضامين دون الذين لم يشتركوا في إقامة الوكيل^(٣) . (٢) أن تكون الوكالة

(١) بون ١ فقرة ١١٢٩ - لوران ٢٨ فقرة ٤١ - جيوار فقرة ١٧٨ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٥٩ - بلانويل وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠ - بلانويل وريبير وبولانيه ٢ فقرة ٣٠٣٩ - چوسران ٢ فقرة ١٤١٥ .

(٢) نقض فرنسي ٢٣ مايو سنة ١٩٣٧ سيري ٣٧ - ١ - ٨٣٩ - بون ١ فقرة ١١٢٧ - لوران ٢٨ فقرة ٤٠ - جيوار فقرة ١٧٨ - هنا إلى أن مأمور التفليس إنما هو وكيل من جماعة الدائنين (masse) لا عن آحاد الدائنين (بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٥٩ ص ٤٠٤) .

(٣) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٦٠ - وينهب رأى إلى أن التضامن لا يقوم إلا إذا اشترك جميع أصحاب المصلحة في العمل المشترك في إقامة الوكيل (جيوار فقرة ١٧٩) ، وظاهر أن هذا الرأي لا يتفق مع المقرر الصريح .

هذا والتضامن لا يكون إلا في علاقة الموكلين بالوكيل ، أما في علاقتهم بالنير الذي تعاقده معه الوكيل فلا يكونون متضامين إلا إذا كان التضامن مشروطاً (استئناف غخط ٢٥ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٤٦) .

وهناك رأى ينهب إلى أن الحكم (arbitre) كالوكيل ، فيكون من أقاموه حكماً متضامين نحوه في التزامهم بنقض الأجر (نقض فرنسي ١٧ نوفمبر سنة ١٨٣٠ سيري ٣١ - ١ - ٢٨ - لوران ٢٨ فقرة ٣٧ وما بعدها) . وكذلك الخبير (expert) يكون من عينه أو وافقوا على تعيينه متضامين نحوه في التزامهم بنقض الأتخاب ، وكذلك يكونون متضامين حتى لو كانت المحكمة التي هيئت الخبير من تلقاء نفسها (رن ٢٥ يونيو سنة ١٨٤٤ دالوز ٤٥ - ٢ - ١٥٨ - جرينويل ١٣ ديسمبر سنة ١٨٤٨ دالوز ٥٠ - ٢ - ١٩ - بورديو ٨ يونيو سنة ١٨٥٥ دالوز ٥٩ - ٢ - ٧٧٠ - آبيان ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٢٨١ - السين ٢١ ديسمبر سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٤ - ٥ - ٢٤٣ - جيوار فقرة ١٧٧) . أما لو طلب أحد الخصوم وحده تعيين غير ، كان هو المسئول (يزانسون ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٧ - ٢ - ١٠٣ -

في عمل مشترك^(١). فلو وكل عدة أشخاص عملياً في قضية مشتركة بينهم ، كانوا متضامنين في دفع الأجر للمحامي ورد المصروفات والقيام بالالتزامات الأخرى^(٢). أما إذا كانت الوكالة في أعمال مختلفة ، كل موكل قد وكل الوكيل في عمل خاص به ، فإن الموكلين لا يكونون متضامنين ، لأن الأمر يتعلق بوكالات متعددة لا بوكالة واحدة ، وهذا حتى لو صدرت هذه الوكالات المتعددة في عقد واحد . وعلى العكس من ذلك يكون الموكلون متضامنين مادامت الوكالة قد وقعت على عمل واحد مشترك بينهم جميعاً ، حتى لو صدرت الوكالة في عقود متفرقة^(٣).

ويستوى بعد ذلك أن نكون الوكالة بغير أجر أو أن تكون بأجر^(٤) ، كما يستوى أن يكون الوكيل قد نجح في مهمته أو لم ينجح ، ففي جميع هذه الأحوال يكون الموكلون المتعددون متضامنين .

= الجزائر ٢٥ أكتوبر سنة ١٨٩٣ : المجلة الجزائرية ١٨٩٤ ص ٢٩ - والصحيح أن كلا من المحكم والتخير ليس بوكيل ، فلا يسرى لمصلحتها حكم التضامن (بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٥٨ - بيدان ١٢ فقرة ٣٢٠ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٧ هامش ١٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠ - أنسيلو يدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٢٠) .

(١) نقض فرنسي ١٢ مارس سنة ١٩٢٣ سريه ٣٣ - ١ - ٣٠٢ - ٧ فبراير سنة ١٨٦٦ سريه ٦٦ - ١ - ٩٣ - ترولون فقرة ٦٨٨ - بون ١ فقرة ١١٢٤ - جيوار فقرة ١٧٩ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٦٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠ - أنسيلو يدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣١٦ - ويشترط أن يعرف الموكلون المتعددون بعضهم بعضاً (نقض فرنسي ٧ فبراير سنة ١٨٦٦ سريه ٦٦ - ١ - ٩٣) .

(٢) استئناف غنط ٣٠ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٥ - جيوار فقرة ١٧٧ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٥٧ ص ٤٠٢ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٧ .

(٣) نقض فرنسي ٤ فبراير سنة ١٨٣٤ سريه ٣٤ - ١ - ٧١٣ - ٧ فبراير سنة ١٨٦٦ سريه ٦٦ - ١ - ٩٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠ - وانظر عكس ذلك ولا تضامن إذا صدرت الوكالة في عقود متفرقة إذ يكون كل موكل قد انفرد بتوكيله فأصبح كل منهم أجنبياً عن الآخر : بون ١ فقرة ١١٢٥ - لوران ٢٨ فقرة ٣٥ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٦٠ - وانظر في أن الموكلين بمقود متفرقة يكونون مسئولين بالتضامن (in solidum) لا بالتضامن : روبيير في التضامن فقرة ٢١٧ - جيوار فقرة ١٧٩ .

(٤) ترولون فقرة ٦٨٨ وما بعدها - بون ١ فقرة ١١٢٤ - جيوار فقرة ١٧٧ - بودري وقال في الوكالة ٧٥٧ ص ٤٠١ .

ويكونون متضامنين نحو الوكيل في جميع التزاماتهم الناشئة من عقد الوكالة:
الالتزام بدفع الأجر والالتزام برد المصروفات والالتزام بالتعويض عن
الضرر^(١). ويستطيع الوكيل الرجوع على أى منهم بأى التزام من هذه
الالتزامات كاملاً، ولو كان قد تراخى في المطالبة حتى أعسر بعض الموكلين^(٢).

وليس تضامن الموكلين على النحو سالف الذكر من النظام العام، فيجوز
الاتفاق على استبعاد التضامن^(٣)، ويصبح كل موكل مسئولاً عن الالتزامات
بالنسبة التي يتفق عليها، فإن لم يتفق على نسبة معينة كان مسئولاً بنسبة ما له
من مصلحة. وتورد المادة ٧١٢ مدني سالف الذكر هذا الحكم صراحة،
فهى بعد أن تقرر تضامن الموكلين المتعديدين تقول: «ما لم يتفق على غير ذلك».

الفرع الثانى

آثار الوكالة بالنسبة إلى الغير الذى تعاقد معه الوكيل

٢٩٨ — نص قانونى: تنص المادة ٧١٣ من التقنين المدنى على ما بأتى:
«تطبق المواد من ١٠٤ إلى ١٠٧ الخاصة بالنيابة في علاقة الموكل والوكيل
بالغير الذى يتعامل مع الوكيل»^(٤).

ويقابل هذا النص في التقنين المدنى القديم المواد ٦٣٤/٥١٨ و ٥٢٣ —
٦٤٢/٥٢٤ — ٦٤٣^(٥).

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠.

(٢) نقض فرنسى ٣٠ يناير سنة ١٨٨٩ سيري ٨٩ — ١ — ٤٣٣ — ٤٣٤ — ٢٩ أكتوبر
سنة ١٨٨٩ سيري ٨٩ — ١ — ٤٧٢ — يودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٦١ — بلانيول وريبير
وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠ — أنيكلويدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣١٨.

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠.

(٤) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٩٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق
لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٥ في المشروع
النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٤، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٣ (بمجموعة
الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٤ — ص ٢٢٨).

(٥) التقنين المدنى القديم م ٦٣٤/٥١٨: لمن يعمل الوكيل الحق في أن يطلب منه
صورة رسمية من سند التوكيل.

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري م ٦٧٩ - وفي التقنين المدني الليبي م ٧١٣ - وفي التقنين المدني العراقي م ٩٤٢ - ٩٤٥ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٩٩ - ٨٠٠ وم ٨٠٢ - ٨٠٧^(١).

= م ٥٢٣ / ٦٤٢ : الوكيل الذي يعمل عملاً على ذمة موكله بدون أن يخبر بتوكيله يكون هو المسئول لدى من عامله .

م ٢٤٤ مقرر أول / ٦٤٣ : أما إذا أخبر أن عمله للموكل وعمل دمه ، فلا يترتب عليه إلزام غير إثبات التوكيل .

(وأحكام التقنين المدني القديم تنفق في مجموعها مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٧٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧١٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٤٢ : سقوط العقد تعود إلى الماقد ، فإذا تعاقد الوكيل باسم الموكل وفي حدود الوكالة فإن العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه إليه .

م ٩٤٣ : إذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير أنه يعمل بصفته وكيلًا ، فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه إليه إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الوكيل أومع الموكل فله أن يرجع على أي من الموكل والوكيل ولأيهما أن يرجع عليه .

م ٩٤٤ : ١ - إذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل ولكن تجاوز في تعاقد حدود الوكالة ، أو عمل أحد دون توكيل أصلاً ، فإن نفاذ العقد في حق الموكل يبيّن موقعاً على إجازته . ٢ - ويجوز لهذا الغير أن يحدد للموكل مباداً مناسباً يميز فيه التعاقد ، فإن لم تصدر الإجازة في هذا المبادا تحلل من العقد .

م ٩٤٥ : إذا رفض من وقع التعاقد باسمه دون توكيل منه أن يميز التعاقد ، جاز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل بتوضيح الضرر الثاني* عن عدم نفاذ العقد ، ما لم يثبت من اتخذ هذه الصفة أن من تعاقد معه كان يعلم بأن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغي أن يكون عالماً بذلك .

(وأحكام التقنين العراقي تنفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٩٩ : إذا عاقد الوكيل باسمه وبالأصالة عن نفسه ، كانت له الحقوق الناشئة عن العقد . ويبيّن مرتباً مباشرة تجاه الذين عاقدتهم كالوكان العمل بمهمة وحده دون الموكل ، وإن يكن الذين عاقدتهم قد عرفوه شخصاً مستماراً أو وسيطاً يشتغل بالمهالة (الممولة) .

م ٨٠٠ - إن الوكيل الذي يعمل بصفته وكيلًا ولا يتصدى حدود سلطته لا يترتب عليه موجب شخصي على الإطلاق للأشخاص الآخرين الذين عاقدتهم . ولا يجوز لمؤلاه أن يطالبوا غير الموكل .

ويشير النص سالف الذكر إلى أن مهمة الوكيل هي أن يقوم بتصرف قانوني ، فهو يتعاقد مع الغير لحساب الموكل . ويحيل إلى الأحكام الخاصة بالنيابة في التعاقد في أثر الوكالة بالنسبة إلى هذا الغير الذي يتعاقد معه الوكيل .

وبالرجوع إلى أحكام النيابة نجد أنه يجب التمييز بين فرضين . ذلك أن الوكيل ، إذا كان يتعاقد دائماً لحساب الموكل ، فإنه إما أن يعمل باسم الموكل وهذا هو الغالب ، ويكون الوكيل نائباً في تعاقدته عن موكله ، وتقرن الوكالة هنا بالنيابة . وإما أن يعمل باسمه الشخصي ، ويغلب أن يكون مسخراً أو اسماً مستعاراً ، فلا يكون نائباً في تعاقدته لحساب موكله ، وتقوم الوكالة هنا دون أن تقوم النيابة .

فنبعث إذن الفرضين الآتيين على التعاقب : (١) الوكيل يعمل باسم

م ٨٠٢ : يحق للغير أن يتم الدعوى على الوكيل لإجباره على قبول تنفيذ العقد حين يكون تنفيذه داخلياً سحياً في وكالته .

م ٨٠٣ : عند وجود وكالة خاصة يحق على الدوام لمن يعامل الوكيل بصفة كونه وكيلاً أن يطلب منه إبراز صك الوكالة ، وأن يأخذ عند الحاجة نسخة رسمية من هذا الصك على أن يرفع نفقته . م ٨٠٤ : إن الأعمال التي يقوم بها الوكيل باسم الموكل ، على وجه صحيح وضمن حدود سلطته ، يجري مفعولها فيما ينفع الموكل وما يضره كما لو كان الموكل نفسه قد أجزأها .

م ٨٠٥ : يلزم الموكل أن يبين مباشرة بالهود التي قطعها الوكيل لحسابه ضمن حدود السلطة الممنوحة له في الوكالة . أما الشروط التحفظية والاتفاقات السرية التي تنقد بين الموكل والوكيل ولا تستفاد من الوكالة نفسها ، فلا يمكن الاحتجاج بها على شخص ثالث ، إلا إذا قام البرهان على أن هذا الشخص علم بها وقت العقد .

م ٨٠٦ : لا يلزم الموكل بما يفعله الوكيل ما يخرج عن حيز سلطته أو يتجاوز حدما ، إلا في الحالات الآتية : أولاً - إذا وافق عليه ولو بوجه ضيق . ثانياً - إذا استفاد منه . ثالثاً - إذا عاقد الوكيل بشروط أبزل فائدة من الشروط المبينة في التعليمات التي تلقاها . رابعاً - إذا عاقد الوكيل بشروط أدنى إلى الثقة من الشروط التي عينت له في التعليمات التي تلقاها ، وذلك في الحالتين الآتيتين : (١) إذا كان الفرق قليل القدر . (٢) إذا كان منطبقاً على اقتراح المعتاد في التجارة أو في المكان الذي أبرم فيه العقد .

م ٨٠٧ : إن الوكيل الذي يعمل بلا وكالة أو يتجاوز حدود وكالته يلزمه أن يؤدي بدل السبل والضرر للأشخاص الذين عاقدوا إذا كان العقد لا يمكن تنفيذه . ولا يلزم الوكيل بشئ ما إذا تمكن من إعادته من الإطلاع الكافي على سلطته ، ما لم يكن الوكيل قد أخذ على نفسه تنفيذ الموجب (وأحكام الفئتين الآتيتين تنفذ في مجموعها مع أحكام الفئتين المعصية) .

الموكل . (٢) الوكيل يعمل باسمه الشخصي ، ويقلب أن يكون اسماً مستعاراً . (prête - nom) .

المبحث الأول

الوكيل يعمل باسم الموكل

٢٩٩ - عموماً كل من الوكيل والموكل بالغير : في الصورة المألوفة من الوكالة يعمل الوكيل باسم الموكل نائباً عنه في التعاقد . وقد سبق أن بحثنا علاقة الوكيل بالموكل في هذه الصورة ، وبيننا أن عقد الوكالة ينشئ التزامات في ذمة الوكيل وأخرى في ذمة الموكل ، وبسطنا القول في هذه الالتزامات جيمعاً . وبقي أن نبين علاقة الوكيل بالغير الذي يتعاقد معه : ثم علاقة الموكل بهذا الغير .

٣٠٠ - نطرح أملاً للنيابة : وفي كلتا العلاقتين يجب تطبيق أحكام النيابة ، فإن الوكيل عندما يعمل باسم الموكل يكون نائباً عنه كما قدمنا . وقد سبق أن عرفنا النيابة في الجزء الأول من الوسيط بأنها حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل ، مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو^(١) . والمصدر الذي يستمد منه النائب نيابته إما أن يكون القانون كما في الولى ، فإن القانون هو الذى يعين الأولياء ، وتكون النيابة نيابة قانونية^(٢) . وإما أن يكون القضاء كما في الوصى والقيم والحارس القضائى والسنديك ، فإن جهة قضائية هى التى تختار هؤلاء ، وتكون النيابة نيابة قضائية . وإما أن يكون الاتفاق كما في الوكيل ، فإن عقد الوكالة النيابة هو الذى يستمد منه الوكيل نيابته عن الموكل ، وتكون النيابة نيابة اتفاقية^(٣) .

(١) الوسيط ١ فقرة ٨٣ ص ١٨٩ .

(٢) وتعتبر نيابة قانونية نيابة القضاة عن رب العمل ، ونيابة الدائن عن المدين عند ما يباشر الدائن الدعى غير المباشرة باسم المدين .

(٣) وقد قدمنا أن الوكيل قد لا يعمل باسم الموكل وإن كان يعمل لحسابه ، وتكون الوكالة في هذه الحالة وكالة غير نيابية ، إذ هى لا تمد الوكيل بصفة النيابة عن الموكل ، وإن كانت تلتزمه -

« بالعمل لحساب الموكل ولكن باسمه الشخصي، فيكون مسخراً أو اسماً مستعاراً. ومن ذلك نرى أن الوكالة غير النيابة، فقد تقوم الوكالة دون أن تقوم النيابة كما هو الأمر في الوكالة غير النيابة التي نحن بصدها، وقد تقوم النيابة دون أن تقوم الوكالة كما في نيابة الولد والوصي والقيم والقضول والمأدب والتفاني.

أما في خصوص الوكالة النيابة، وهي التي تمد الوكيل بصفة النيابة عن الموكل فتجسّد فيها الوكالة والنيابة معاً، فهناك اتجاه حديث في الفقه، وبخاصة في الفقه الألماني وفي الفقه الإيطالي، يذهب إلى التمييز بين الوكالة والنيابة. فالوكالة في ذاتها من حيث هي عقد لا تمد الوكيل بصفة النيابة، بل هي ترتب التزامات في جانب الوكيل يقوم بها لحساب الموكل، والتزامات أخرى في جانب الموكل يقوم بها نحو الوكيل. فإذا أراد الموكل أن يحمل الوكيل ثأباً عنه، فيصل الوكيل لا فحسب لحساب الموكل بل أيضاً باسم الموكل، فإن النيابة في هذه الحالة يكون مصدرها إرادة الموكل المنفردة لا عقد الوكالة ذاته. ومؤدى هذا الاتجاه أن الوكالة النيابة تشتمل على عنصرين: عنصر الوكالة ويتحقق باتفاق بين الموكل والوكيل وهذا هو عقد الوكالة، وعنصر النيابة ويتحقق بإرادة الموكل المنفردة دون حاجة إلى قبول الوكيل. ويلخص الأستاذ جمال مرسى بدر هذا الاتجاه الحديث في المبررات الآتية: «و نرى أنه يخلص من المذهب الحديث في التفرقة بين الوكالة باعتبارها عقداً ترتب عليه التزامات متبادلة وبين الإنابة باعتبارها إرادة صادرة عن الأصل مخولة النائب صفة النيابة، تمييز واضح بين سلطة النائب في القيام بعمل قانوني تعود آثاره مباشرة على الأصل وبين واجب الوكيل بالقيام بالعمل القانوني لحساب موكله. فالنيابة في جوهرها تحويل للنائب حق إبرام عمل قانوني تتجاوز آثاره ذمة القائم به إلى ذمة الأصل، بينما الوكالة من شأنها إلزام الوكيل بالقيام بتصرف معين لحساب الموكل ولو بغير طريق النيابة. وإذا كانت الإنابة عملاً صادراً عن إرادة الأصل ورامياً إلى تحويل النائب القيام بتصرف تعود آثاره على الأصل دون النائب، فإن كيان الإنابة يتحقق بمجرد صدور تلك الإرادة عن الأصل بدون أن يرتبط ذلك بأي عقد بينه وبين النائب سواء كان عقد وكالة أو غيره، بل وبغير حاجة إلى قبول النائب للإنابة. والإنابة قد تصدر عن الأصل موجهة إلى النائب، أو موجهة إلى الغير. ففي القرض الأول يكن الأصل بإعطاء النائب صفة النيابة عنه بإرادة موجهة إليه ذاته تشتمل غالباً في سند مكتوب يسلم إلى النائب، وهو ما يطلق عليه في الاصطلاح اندراج لفظ «التوكيل». وفي القرض الثاني يقوم الأصل بإبلاغ تلك الإرادة المسببة على النائب صفته إلى الغير، وهذا القرض الثاني يحصل سورتين: الأولى أن يقوم الأصل بإبلاغ الإنابة إلى الغير الذي سيتعامل معه النائب بالذات، والثانية أن يقوم الأصل بإبلاغ الإنابة إلى الغير كافة بواسطة من وسائل النشر. وقد اصطلاح على تسمية الإنابة الموجهة إلى النائب نفسه بالإنابة الداخلية (procuration interne)، وتسمية الإنابة الموجهة إلى الغير بالإنابة الخارجية (procuration externe)» (جمال مرسى بدر في النيابة في التصرفات القانونية ص ٩٢ - ص ٩٤ - دراسات في النظرية العامة للنيابة حول مشروع معهد القانون الدولي لتوحيد القانون الخاص فقرة ١٣ - فقرة ١٤ ص ٢٨ - ص ٣١). ونظر أيضاً سال في الترجمة الفرنسية الرسمية للتقنين المدف الألمانى ١ ص ٢١١ في التعليق على المادة ١١٦ من التقنين المدف الألمانى.

وهذا التمييز ما بين النيابة والوكالة تظهر نتائجه العملية في فروغ، منها نيابة موظف المحل التجاري من صاحب المحل ونيابة المثليين التجارين والمجربين والطوائف ومتنوع التأمين من -

وقد قدمنا ، عند الكلام في النيابة في الجزء الأول من الوسيط ، أنه الفكرة الجديدة التي اهتمت إليها الفقه الحديث في موضوع النيابة هي أن من ينوب عن غيره إنما محل إرادته هو محل إرادة من ينوب عنه . وقد هجر الرأي القديم الذي كان يذهب إلى أن النائب إنما يتمخص بشخص الأصيل ، فيتكلم بلسانه ويعبر عن إرادته . وأصبح الفقه الحديث يذهب إلى أن التعبير الذي يصدر من النائب إنما هو تعبير عن إرادة النائب لا عن إرادة الأصيل^(١) . وقد تعددت النظريات القديمة والحديثة في هذه المسألة . فكان الرأي القديم يبنى التصرف القانوني الذي يقوم به الوكيل على إرادة الأصيل المفترضة (fictive) ، ثم قال سافيني بعد ذلك بأن التصرف يقوم على إرادة الأصيل الحقيقية لا المفترضة ، وأن النائب ليس إلا رسولا يبلغ إرادة الأصيل . أما النظريات الحديثة فتذهب إلى أن التصرف القانوني الذي يبرمه الوكيل يقوم على إرادته هو لا على إرادة الأصيل ، كما سبق القول . فإرادة النائب محل محل إرادة الأصيل كما يقول إهرنج ، أو أن إرادته تشترك مع إرادة الأصيل كما يقول ميتس (Mitteis) . والذي أخذ به التفتين المدني الجديد من هذه النظريات المختلفة هو أن التصرف القانوني الذي يبرمه النائب يقوم على إرادة النائب وحدها ، لا على إرادة الأصيل المفترضة أو الحقيقية ولا على الإرادة المشتركة لكل من النائب والأصيل^(٢) .

= شركاتهم ونياية الزوج من الزوجة أو الزوجة عن الزوج ، دون أن يكون هناك في هذه الفروض عقد وكالة . وقد قدمنا أن هذه الفروض يواجهها الفقه التقليدي نظرية الوكالة الضمنية ، فهناك عقد وكالة ضمني تستمد من النيابة . وتظهر نتائج عملية أخرى في مجاوزة الوكيل حدود الوكالة أو في العمل بعد انتهاء الوكالة ، فيرتبط الموكل بعمل الوكيل بالرغم من انقضاء الوكالة لأن النيابة تقوم هنا مستقلة عن الوكالة . وهذه النتائج يواجهها الفقه التقليدي ، كما سئرى ، بنظرية الوكالة الظاهرة . ولعل أهم فرق تظهر فيه أهمية التمييز بين الوكالة والنيابة هو في أهلية الموكل والوكيل ، فإن الأهلية في الوكالة تختلف عن الأهلية في النيابة ، وقد تقدم تفصيل القول في ذلك (انظر كذا) فقرة ٢٢٨ في آخرها في الهامش) ، وكذلك في إقرار: الموكل لتصرفات الوكيل التي يجاوز بها حدود الوكالة (انظر مايل فقرة ٣٠٥ في الهامش) .

(١) الوسيط ١ فقرة ٨٣ ص ١٩٠ .

(٢) انظر عرضاً شاملاً للنظريات المختلفة في بيان طبيعة النيابة : جمال مرسي بدر في النيابة في التصرفات القانونية ص ٤١ - ص ٧١ - وقد وضع المعهد الدول لتوحيد القانون الخاص بروما مشروع قانون موحد في شأن النيابة نشر في سنة ١٩٥٥ ، وقد أخذ هذا المشروع (١٢م) بنظرية =

وكذلك تقضى أحكام النيابة بأن ينصرف أثر التصرف الذي يبرمه النائب إلى شخص الأصيل لا إلى شخص النائب . وقد اختلف في تفسير ذلك أيضاً من الناحية الفقهية ، إذ كيف تكون الإرادة هي إرادة النائب ومع ذلك ينصرف أثرها لا إليه هو بل إلى الأصيل ؟ وقد تعددت الآراء في تفسير ذلك . فذهب متيس في ألمانيا وكوربسكو في فرنسا وتارتوفاري في إيطاليا إلى أن أثر النيابة الاتفاقية ينصرف إلى الموكل عن طريق اشتراك إرادته مع إرادة الوكيل ، أما في النيابة القانونية فالقانون هو الذي يجعل إرادة النائب محل إرادة الأصيل ويصرف أثر هذه الإرادة إلى الأصيل لا إلى النائب^(١) . وذهب كلاريز

= الإرادة المشتركة لكل من النائب والأصيل (انظر جمال مرسي بدر - دراسات في النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدول لتوحيد القانون الخاص سنة ١٩٥٩ فقرة ٦) .

وقد بين الأستاذ جمال مرسي بدر في وضوح أن التفتين المدف الجديد أخذ بنظرية إرادة النائب لا بنظرية اشتراك إرادتي النائب والأصيل ، فإن الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ من هذا التفتين تقول في صراحة : « إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في صوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً » . وإذا كان التفتين المدف في الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ يقول : « ومع ذلك إذا كان النائب وكيلًا وينصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت من موكله ، فليس الموكل أن يتصل بمجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها » ، فهو لا يقصد بهذه الفقرة الاعتداد بإرادة الأصيل . إذ لو أراد ذلك ، لا عند هذه الصورة العكسية يمتد بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل بطررف يعلمها النائب ، مع أنه في هذه الصورة العكسية يمتد بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل . والغاية من هذه الفقرة الثانية إنما هي ، كما يقول الأستاذ جمال مرسي بدر ، « قطع السبيل حل إساءة استعمال النيابة بحيث يمنع حل الأصيل من التية الاحتماء وراء حسن نية فائمه وانضمك بمجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، ولولا الاستثناء الذي تقسمته هذه الفقرة لأسكن أن يعتقد بواسطة نائب حسن النية فقد ما كان يقع محسباً لوعده الأصيل ، وهو تحايل لا يمكن أن يميزه القانون » (جمال مرسي بدر - دراسات في النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدول لتوحيد القانون الخاص فقرة ٧ ص ١٥) .

ويشير الأستاذ جمال مرسي بدر إلى ما قاله الأستاذ باكيوني في نقد نظرية اشتراك الإرادتين من أن « الإرادة المنشقة لتصرف القانون هي بمقتضى هذه النظرية إرادة صناعية ملققة من أجزء من إرادتين مختلفتين متميزتين هما إرادة النائب وإرادة الأصيل . ومثل هذه الإرادة المصطنعة المركبة حل هذا الوجه لا يمكن أن تكون إرادة تماقدية ، لأن الإرادة التي يبين عليها القانون آثاراً قانونية إنما هي ذلك النشاط النفسي الموحد الصادر من الشخص بقصد إحداث أثر قانوني معين ، ولا كذلك تلك الإرادة المملقة من أشتات إرادتي النائب والأصيل كما هو مقتضى نظرية اشتراك الإرادتين » (جمال مرسي بدر في النيابة في التصرفات القانونية ص ٦٢) .

(١) ويقصد بالنيابة القانونية هنا النيابة ، لا بالنسبة إلى المصدر الذي يفسر حل النائب =

إلى أن إرادة النائب - وحدها أو مشتركة مع إرادة الأصل - هي التي تمحدد نطاق الالتزام (contenu de l'obligation) ، أما الذي يخلق الرابطة القانونية (lien de droit) ما بين نطاق الالتزام وخدمة الأصل فهي إرادة الأصل في النياية الاتفاقية والقانون ذاته في النياية القانونية . وذهب جمال مرسى بدر إلى أن الغاية الاجتماعية من التصرف القانوني الذي يبرمه النائب هي التي تصرف أثر هذا التصرف إلى شخص الأصل ، إذ « الإرادة في التصرف القانوني غير مقصورة لذاتها ، وإنما هي وسيلة لبلوغ الغرض الاجتماعي أو الاقتصادي المقصود من هذا التصرف . . (و) ليس من المحال عقلا ولا من الممتنع قانونا أن تنفصل الغاية عن وسيلةها ، فتكون الوسيلة لشخص والغاية لآخر . فتكون الغاية للأصل والوسيلة إليها للنائب »^(١) . وبعد استعراض هذه المناقشات

= سفة النياية ، بل بالنسبة إلى المصدر الذي يحدد نطاقها ، فتستلزم النياية القانونية هذا المعنى كلام من النياية القضائية والنياية القانونية بالمعنى الآخر (الوسيط ١ فقرة ٨٣ ص ١٩٠ وماهش ١) . (١) جمال مرسى بدر - دراسات في النظرية العامة للياية حول مشروع المهد الدولي لتوحيد القانون الخاص فقرة ٤ ص ٨ - ٩ - وانظر أيضاً لنفس المؤلف النياية في التصرفات القانونية ص ٧٢ - ٨١ .

ويظهر بيلون كيف تكون الإرادة النائب ويتصرف مع ذلك أثرها إلى الأصل ، بأن الالتزام لم يبد ، كما كان في القانون الروماني ، رابطة بين شخصين ، بل هو رابطة بين ذمتين حالييتين . وإذا صعب أن تصور أن إرادة شخص تحمل محل إرادة شخص آخر ، فإنه لا يصعب تصور أن إرادة شخص يتصرف أثرها إلى مال شخص آخر . ويؤخذ على هذا التحليل أنه يفصل ما بين الشخص وخدمة المالية ، وأنه إذا صلح في النياية على مجموع المال كما في الولاية والوصاية فإنه لا يصلح أن تصرف معين حيث يقتصر أثر النياية على شيء معين بالذات . وقد أورد الفقهاء ليش أولمان وبويسكو وأمانيانو تظيلاً آخر ، فقالوا إن النياية وصف من أوصاف التصرف القانوني كالشرط والأجل ، فالتصرف القانوني البسيط تكون الإرادة فيه إرادة المتصرف ويتصرف أثر الإرادة إليه ، أما في التصرف القانوني الموصوف بوصف النياية فالإرادة إرادة النائب ويتصرف أثرها إلى الأصل بتسليم من الأصل نفسه أو من القانون . ويرد على هذا الرأي بأن الوصف أمر عارض يأتي بعد أن يستكمل التصرف القانوني كل مقوماته ، أما النياية فهي تتصلب بصمم التصرف القانوني إذ تبين طرف المقد الذي يتصرف إليه أثره ، وهذا ركن من أركان العقد وليس يأمر عارض . ويرى مادريه أن القانون هو الذي ترتب الأثر على إرادة النائب وصرف هذا الأثر إلى الأصل ، إلا أن القانون في ذلك لابد أن تحركه الإدارة ، والإرادة التي تحركه هي الإرادة المشتركة للنائب والأصل في النياية الاتفاقية ، وإرادة النائب وحده في النياية القانونية . ويتقص هذا الرأي أن يملل كيف ترتب الأثر على إرادة النائب ، ومع ذلك انصرف الأثر إلى النائب بل إلى الأصل ، وهذا هو الجوهر في المسألة تركه الرأي الذي نحن بصدده على حاله غامضاً جون أن يفهمه .

الفقهية ، نرى أنه لا غرابة في أن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، وهو مع ذلك يكسب الأصيل حقاً أو يرتب في ذمته التزاماً . ذلك لأننا خرجنا عن نطاق القاعدة الرومانية الضيقة التي كانت تقضي بأن أثر الإرادة لا ينصرف إلا إلى صاحبها - وهذا ما كانت تفتضيه الشكلية وفكرة الرابطة الشخصية للالتزام في القانون الروماني - إلى نطاق قاعدة أوسع تقضي بأن الإرادة ، بعد أن تحررت من قيودها بالنسبة إلى الموضوع بإطراح الشكلية ونبذها ، تتحرر أيضاً من قيودها بالنسبة إلى الأشخاص فينصرف أثرها إلى غير صاحبها ، كما هو الأمر في الاشتراط لمصلحة الغير حيث ينصرف أثر إرادة المشرط إلى المنتفع ، وكما هو الأمر في النيابة حيث ينصرف أثر إرادة النائب إلى الأصيل . وإذا انصرف في النيابة أثر إرادة النائب إلى الأصيل ، فلماذا يكون ذلك بتسليط من الأصيل في النيابة الاتفاقية ، وبتسليط من القانون في النيابة القانونية^(١) .

وبخلص مما قدمناه أن هناك قاعدتين جوهريتين نستخلصهما من أحكام

- أما الرأي التقليدي الذي يذهب إلى أن النائب يعبر عن إرادة الأصيل ، فهو أقل تماسكاً من الآراء المتقدمة . إذ يفترض هذا الرأي أن الأصيل لا النائب هو الذي أبرم العقد مع الغير ، وأن إرادة النائب ليست إلا إرادة الأصيل . وإذا أمكن أن نتصور هذا في حالة الوكالة عندما يصدر الموكل للوكيل تعليمات جامدة مائة يسير بموجبها ولا يجوز أن ينصرف عنها ، فيكون الموكل إذ ذاك أقرب إلى أن يكون رسولاً ، فإن هذا صعب التصور في حالة ما إذا كان الموكل مفوضاً في أن ينصرف براه ، حيث يبدو في وضوح أن الإرادة هي إرادة الموكل ومع ذلك ينصرف أثرها إلى الموكل . بل يتصور هذا في حالة الفضول وهو ينصرف دون إذن من الأصيل ودون علمه ، فالإرادة دون شك إرادة الفضول والأثر ينصرف إلى الأصيل . ويتصور تصور هذا بوجه خاص في حالة الولاية والوصاية والقوامة ، حيث يستحيل القول إن الإرادة هي إرادة المجهور لا إرادة الولي إذ إرادة المجهور ناتجة بل قد تكون مدعومة ، ومن أجل هذا فرضت عليه النيابة . ويتصور هذا إطلاقاً في حالة الحارس القضائي ، فهو ينصرف في المال الموضوع تحت حراسته بإرادته هو لا بإرادة الأصيل ، وينصرف غالباً بالرغم من إرادة الأصيل . (١) والقول من الناحية الفنية ، باقتصار أثر التصرف على من اشترك فيه دون أن ينصرف الأثر إلى الغير ، إنما هو قول يجري على قاعدة ضيقة ورثناها عن إبتاقون الروماني لأسباب ترجع إلى أساليب الصياغة الفنية في هذا القانون . وقد زالت هذه الأسباب ، ومع ذلك بقينا محتفظين بالنتائج التي ترتب عليها . ولا شيء يمنع ، في المنطق القانوني الحديث ، من أن يباشر شخص تصرفاً وينصرف أثره إلى آخر ، إذا كانت هذه هي إرادة من يباشر التصرف وإرادة من ينصرف أثر التصرف إليه .

النيابة : (١) يقوم التصرف الذي يبرمه النائب على إرادة النائب وحده بدون إرادة الأصيل . (٢) ولكن ينصرف أثر هذا التصرف إلى الأصيل دون النائب .

فستعرض الآن علاقة الوكيل بالغير الذي يتعاقد معه ، ثم علاقة الموكل بهذا الغير ، لتطبق عليهما هاتين القاعدتين الجوهريتين .

§ ١ - علاقة الوكيل بالغير

٣٠١ - يقوم التصرف الذي يبرمه الوكيل على إرادته هو لا على إرادة

الموكل : رأينا ، عند الكلام في النيابة ، أن المادة ١٠٤ مدني تنص على أنه « ١ - إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة ، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً . ٢ - ومع ذلك إذا كان النائب وكيلاً ، وينصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بهجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها » . وقد أحالت المادة ٧١٣ مدني ، كما رأينا ، إلى المادة ١٠٤ مدني سائلة الذكر فيما أحالت إليه من المواد^(١) .

فالنصرف الذي يعقده الوكيل مع الغير يقوم على إرادته هو ، لا على إرادة الموكل ، ويترتب على ذلك أن الوكيل يجب أن يكون أهلاً لأن تصدر منه إرادة ، فيجب أن يكون مميزاً وإن كان لا يشترط أن يكون أهلاً للتصرف الذي يعقده مع الغير لأن أثر هذا التصرف لا ينصرف إليه ، وإنما ينصرف إلى الأصيل ، ومن ثم يجب أن يكون هذا الأخير هو الذي تتوافر فيه أهلية هذا التصرف ، وقد سبق بيان ذلك^(٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع المهيدي في هذا الصدد : « في علاقة كل من الموكل والوكيل بالغير تنفق أحكام الوكالة مع أحكام النيابة بوجه عام ، فالوكيل نائب عن الموكل في تعاقد مع الغير . وينشأ العقد الذي يبرمه الوكيل لحساب الموكل وترتب آثاره على الوجه المبين في المواد ١٥٧ - ١٦٠ من المشروع . فيكون شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في صحة التعبير عن الإرادة ومدى ما يتأثر به هذا التعبير من وجوده في الإرادة أو من العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بها (١٥٧ م من المشروع) » (مجموعة الأعمال التفسيرية • ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٧ - فقرة ٢٢٨ .

ولا يمكن أن يكون الوكيل ممزاً ، بل يجب أن تكون إرادته خالية من العيوب ، فلا تكون مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه ، وإلا كان العقد الذي يبرمه مع الغير قابلاً للإبطال ، حتى لو كانت إرادة الموكل لم يشها عيب من هذه العيوب ، فالعبرة كما قلنا بإرادة الوكيل لا بإرادة الموكل .

وإذا كانت الوكالة في شراء منزل مثلاً عينه الموكل للوكيل ، وكان في المنزل عيب خفي . فالخفاء الذي يعتد به هو الخفاء على الوكيل لا على الموكل . ولو كان الوكيل يعلم بالعيب لم يجز الرجوع بضمان العيب الخفي على البائع ، حتى لو كان الموكل لا يعلم بالعيب ، لأن شخص الوكيل لا شخص الموكل هو محل الاعتبار عند النظر في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو انقراض العلم بها حتماً ، كما تقول الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ مدني في رأينا . وإذا كان الوكيل لا يعلم بالعيب ، جاز الرجوع بالضمان ، ولكن بشرط أن يكون الموكل هو أيضاً لا يعلم بالعيب . أما إذا كان الموكل يعلم بالعيب ، فلا يجوز الرجوع بالضمان وإن كان العيب خفياً على الوكيل ، ذلك أن الموكل هو الذي عين المنزل للوكيل ووكله في شراؤه وهو عالم بما يتلوى عليه من العيب ، فلا يجوز له التمسك بهجهل الوكيل « لظروف كان يعلمها هو » كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ مدني سالفة الذكر . وليس الاعتداد بالعيب هنا اعتداداً بإرادة الموكل ، بل هو منع للتعسف ، فإن الموكل وقد عين المنزل الذي يريد شراؤه ويعلم العيب الذي فيه يكون متصفاً إذا هو أراد الرجوع بضمان العيب الخفي ^(١) .

٣٠٢ - ولكن لا ينصرف أثر التصرف الذي يبرمه الوكيل إلى نفسه : رأينا أن أحكام النيابة تقضي بالآب ينصرف أثر التصرف الذي يبرمه

(١) انظر في هذا المعنى جمال مرسي بدر - دراسات في النظرية العامة للنيابة حول مشروع المذهب الدول لتوحيد القانون الخاص فقرة ٧ - وانظر أيضاً فقرة ٢٩٩ في الماش - وقارن الوسيط ١ فقرة ٨٦ .

كذلك إذا تماعد الوكيل مع الغير وهو يعلم بتوقعه عن الدفع ، اعتد بهذا العلم حتى لو لم يكن للموكل عالم بذلك (استئناف مخطط ١٣ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤٤ ص ٢٤٩ - نفخ فرنسي ١٥ يونيو سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ١ - ٥٥٩ - لوهرى ورو وإسان ٦ فقرة ٥١٤ ص ٢٢٩ ماش .) (٢) ١ .

الوكيل إلى شخصه ، بل ينصرف إلى شخص الموكل^(١). وتقول المادة ٨٠٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبني في هذا الصدد : « إن الوكيل الذي يعمل بصفته وكيلًا ، ولا يتعدى حدود سلطته ، لا يترتب عليه موجب شخصي على الإطلاق للأشخاص الآخرين الذين عاقدتهم . ولا يجوز لهؤلاء أن يطالبوا غير الموكل^(٢) . فلا يجوز إذن للغير الذي تعاقد مع الوكيل مطالبة هذا الأخير بالالتزامات التي نشأت عن هذا التعاقد . فإذا كانت الوكالة في الشراء مثلا ، فإن البائع يرجع بالثمن على الموكل لا على الوكيل ، وذلك ما لم يكن تنفيذ الوكالة داخلا في مهمة الوكيل ، فيجوز في هذه الحالة أن يطالب البائع الوكيل بالثمن . وتقول المادة ٨٠٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبني في هذا المعنى : « يحق للغير أن يقيم الدعوى على الوكيل لإجباره على قبول تنفيذ العقد ، حين يكون تنفيذه داخلا حتماً في وكالته^(٣) . كذلك لا يجوز للوكيل أن يطالب الغير الذي تعاقد معه بالالتزامات التي ترتبت في ذمة الغير بموجب هذا التعاقد . فإذا كانت الوكالة في البيع مثلا ، فإن الموكل لا الوكيل هو الذي يطالب المشتري بالثمن ، وذلك ما لم يكن الوكيل قد وكل أيضاً في قبض الثمن^(٤) .

ولا يكون الوكيل مسؤولاً إذا كان التصرف الذي عقده مع الغير باسم الموكل باطلاً أو قابلاً للإبطال ، وذلك ما لم يثبت في جانبه خطأ شخصي . فإذا وفي الغير مبالغ للوكيل ، وجاز إبطال هذا الوفاء بسبب إفلاس الموكل ، لم يكن الوكيل مسؤولاً^(٥) . ولا ترفع دعوى البطلان أو الإبطال على الوكيل وإنما ترفع على الموكل ، كما لا يرفع الوكيل دعوى البطلان أو الإبطال لمصلحة الموكل إلا إذا وكل في ذلك توكيلاً خاصاً .

(١) بودرى وقال في الوكالة ققرة ٨٠٠ - أو برى ورو وإسبان ٦ ققرة ٤١٥ ص ٢٢٩ - بيدان ١٢ ققرة ٣٢٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ ققرة ١٤٩٧ ص ٩٤٤ - كولان وكليتان ودى لاموراندبير ٣ ققرة ١٣٤٥ - الوسيط ١ ققرة ٩٢ - فإذا وكل شخص معزفاً في أن يفتح له اعتماداً في مصرف آخر ، ونفذ المصرف الأول الوكالة ، فإنه لا يكون ملتزماً شخصياً ، بل الملتزم هو المصرف الآخر الذي فتح الاعتماد (السين ٧ يوفيه سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٤٩ - ٣٩٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ ققرة ١٤٩٧ ص ٩٤٤) .

(٢) انظر آنفاً ققرة ٢٩٨ في الهامش .

(٣) انظر آنفاً ققرة ٢٩٨ في الهامش .

(٤) انظر آنفاً ققرة ٢٤١ .

(٥) باريس ٩ مايو سنة ١٨٩٩ جازيت دى تريبيون ١٣ يوليه سنة ١٨٩٩ - بودرى وقال في الوكالة ققرة ٨٠٠ .

دلس الوكيل على الغير في تعاقدته معه أو أكرهه على التعاقد ، جاز للغير أن يطلب لإبطال العقد ، ويرفع دعوى الإبطال على الموكل لا على الوكيل كما سبق القول^(١) ، وجاز له أيضاً أن يرجع بالتعويض على الوكيل نفسه لما ارتكبه من تدليس أولئك^(٢) . وإذا باع الوكيل عيناً لموكله ، وأخفى عن المشتري غشاً عيباً كان المشتري يستطيع تبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد ، كان الوكيل مسئولاً ، وتمثل مسئوليته في هذه الحالة بجواز أن يرجع المشتري بضمان العيب الخفي على الموكل (م ٤٤٧/٢ مدني) ، ويرجع هذا على الوكيل بالتعويض . وإذا ارتكب محام سبباً أوقفاً في حق خصم موكله ، أوقف ضده بلاغاً كاذباً بسوء نية وهو في صدد تنفيذ الوكالة^(٣) ، فإن المحامي يكون مسئولاً نحو خصم موكله عن الخطأ الذي ارتكبه^(٤) .

١ - ٦٤ - ١٤ أبريل سنة ١٩٤٢ D.A. ١٢٦ - بودري وفال في الوكالة فقرة ٨٠٠ - أوبري ورو وإسان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٩ هامش ١ (٦) - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص ٩٤٥ - كولان وكايفتان ودني لامورانفيلير ٢ فقرة ١٣٦٧ .

(١) انظر ألفا فقرة ٣٠٢ - بودري وفال في الوكالة فقرة ٧٨٢ ص ٤١٧ - وسوء نية الركيل يستد به إذا تواطأ مع الغير في تعاقدته معه ، فيجوز لدائن الغير الطعن في التصرف بالدعوى بالوصية ، وكذلك إذا تعامل وكيل الدائن مع المفلس في فترة الرية ، فإنه يستد بهلم الوكيل بتوقف المفلس عن الدفع (بودري وفال في الوكالة فقرة ٧٨٢ ص ٤١٧) .
(٢) وهذا لا يمنع الغير من الرجوع بالتعويض أيضاً على الموكل ، لأن هذا الأخير مسئول نحو الغير عن خطأ الوكيل كما سبى (انظر مايل فقرة ٣٠٩) .

(٣) استئناف مختلط ٢٧ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨٣ - نقض فرنسي ٩ فبراير سنة ١٩٤٩ جازيت دي باليه ١٩٤٩ - ١ - ١٨٣ - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ - ١٤٩٧ ص ٩٤٦ .

(٤) وبيق الوكيل مسئولاً حتى لو ارتكب الخطأ بأمر الموكل (نقض فرنسي ٩ يناير سنة ١٨٣٣ سيري ٣٣ - ١ - ٣٢١ - ٥ نوفمبر سنة ١٨٧٧ دالوز ٨٠ - ١ - ٧٩ - ٢٥ يونيو سنة ١٨٨٩ سيري ٩١ - ١ - ١٢٣ - ١٩ فبراير سنة ١٨٩٠ سيري ٩٠ - ١ - ٣١٩ - ١٨ مارس سنة ١٨٩١ سيري ٩٤ - ١ - ٧٠ - لوران ٢٠ فقرة ٤٤٩ - جيبوار فقرة ٢١٠ - بودري وفال في الوكالة فقرة ٨٠٢) . فإذا وكل أحد البنوك في طرح أسهم شركة للاكتساب ، كان البنك مسئولاً نحو المكتتبين عن البيانات الخاطئة التي قدمتها الشركة إذا كان عالماً بخطأها (نقض فرنسي ١٨ مارس سنة ١٨٩١ سيري ٩٤ - ١ - ٧٠) . وإذا اشترك الوكيل في الطرح الاحتياالية الصادرة من الموكل للنفع الغير إلى التضاد مع الوكيل ، كان هذا مسئولاً نحو الغير (نقض فرنسي ٣ مايو سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٤ - ١ - ٢٠٢) . ويكون الوكيل مسئولاً عن صحة البيانات التي يقدمها للغير الذي يتعاقد معه (باريس ٦ فبراير سنة ١٨٩٩ جازيت دي تريبيون أول أبريل سنة ١٨٩٩) . وإذا كان التوكيل واقعاً على تصرف يعتبر جريمة ، كان الوكيل مسئولاً جنائياً مع الموكل (بودري وفال في الوكالة فقرة ٨٠٢) .

وقد يرتكب الوكيل خطأ وهو تنفيذ الوكالة ، في إيقاع الغير الذي يتعاقد معه في خطأ في شأن حدود وكالته . والأصل أن الغير الذي يتعاقد مع الوكيل عليه أن يتثبت من قيام الوكالة ومن حدودها ، وله في سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته كما سئرى . فلا يكون الوكيل مسئولاً إذا جاوز حدود الوكالة ، وكان الغير يعلم أو ينبغي أن يعلم بذلك^(١) . ولكن يجوز أن يتعمد الوكيل لإسقاط الغير ، فيتعاقد معه مجاوزاً حدود وكالته^(٢) أو بعد انتهاء هذه الوكالة ، فلا يسرى التعاقد في حق الموكل ، ويكون الوكيل مسئولاً قبل الغير ويرجع هذا عليه بالتعويض . كذلك يجوز أن يضمن الوكيل للغير أنه يعمل في حدود التوكيل ، فيكون مسئولاً قبله لو جاوز هذه الحدود^(٣) . ويصح كذلك أن يضمن الوكيل للغير تنفيذ الموكل للالتزامات الناشئة من تعاقد الوكيل مع الغير ، فيكون الوكيل في هذه الحالة مسئولاً نحو الغير مسئولية الكفيل^(٤) . ويجوز أيضاً أن يقتصر الوكيل على ضمان إقرار الموكل للتصرف فيها جاوز حدود الوكالة ، فإذا لم يصلر هذا الإقرار كان الوكيل مسئولاً عن التعويض^(٥) ، أما إذا صدر الإقرار ، فإن الوكيل تبرأ ذمته من الضمان ولا يكفل

(١) استئناف غخطط ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٥٥ - ١٢ فبراير سنة ١٨٠٥ م ١٧ ص ٧٦ - ٢٦ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٥ .

(٢) استئناف غخطط ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٣١ .

(٣) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٠٤ - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص ٩٤٦ - ولقاضي أن يقدر المدى الذي ذهب إليه الوكيل في ضمان حدود وكالته (نقش فرنسي ١٠ نوفمبر سنة ١٨٧١ دالوز ٧٢ - ١ - ١٨٧ - ٢٦ أبريل سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٦ - ١ - ٤٩٢ - ديجون ٢٥ مايو سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعي ١٩٣١ - ٤٥٥) . وله أن يعتبر ، بحسب الظروف ، أن مجرد تعاقد شخص مع الغير يصفته وكيلاً ، يحمله ضماناً طلاء الصفة لمن تعاقد معه (بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٠٥ - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص ٩٤٦) . وانظر في تأسيس مسئولية الوكيل في مجاوزته لحدود الوكالة على نظرية الخطأ عند تكرير العقد وفي تمييز التفتيش الذي الألماني (م ١٧٩) بين علم النائب بالمجاوزة وبين جهله بذلك : جمال مرسى بدر - دراسات في نظرية النيابة حول مشروع العهد الدول لتوحيد القانون الخاص فقرة ٣١ - فقرة ٣٤ .

(٤) استئناف غخطط ١٢ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧١ - ١٥ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨٤ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٩ هامش ١ (٦) - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص ٩٤٦ .

(٥) والأصل أن الوكيل يضمن لمن تعاقد معه إقرار الموكل لما جاوز فيه حدود الوكالة ، فلذا لم يقر الموكل ، كان على الوكيل أن يصرح للضرر الذي يحتمل أن يلحق الغير المتعامل معه بسبب عدم التزامه حدود التوكيل . بل وقد تلزمه هذه المسئولية حتى لو أخبر الغير بسمه وكالته ،

الموكل في تنفيذ التزاماته^(١) . وعلى أى حال يجوز أن يستخلص من مجرد علم الغير بأن الوكيل يعمل دون نيابة ، إعفاء الوكيل من المسؤولية إذا لم يقر الموكل التصرف^(٢) .
ومضى فيما يلي أن الوكيل إذا ارتكب خطأ ، فإن الموكل قد يكون مسئولاً عنه نحو الغير .

§ ٢ - علاقة الموكل بالغير

٣٠٤ - انصراف أثر التصرف الذي يبرم الوكيل إلى شخص

الموكل : تقدم أن نظرية النيابة تقضى بأن ينصرف أثر التصرف الذي يبرمه النائب إلى شخص الأصيل ، ولو أن الإرادة التي يقوم عليها التصرف هي إرادة النائب لا إرادة الأصيل ، وهذه الظاهرة هي أبرز الظواهر في نظرية النيابة^(٣) . وقد أحوالت المادة ٧١٣ مدنى ، التي تقدم ذكرها^(٤) ، إلى المادة ١٠٥ مدنى في هذا الصدد ، وهذه المادة الأخيرة تنص على أنه « إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدًا باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ من هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل^(٥) » .

= إذا كان من حق الغير أن يعتمد على أن الوكيل سيحصل على إقرار الموكل فيما قام به خارج حدود الوكالة (استئناف مصر ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ الحاماة ١٥ رقم ١٣ ص ٢٢) .
(١) ويكون هذا من الوكيل ، لا كفالة كما في الفرض السابق ، بل تمهيداً عن الغير (يبدان ١٢ فقرة ٣٢٧ - بلاثيول وريجير ويولانجيه ٢ فقرة ٢٠٤٤) .
(٢) استئناف مخطوط ٣ يولييه سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٢ - وتقول الفقرة الأخيرة من المادة ٨٠٧ من تقنين الموجبات والمقود البتاني في هذا الصدد : « ولا يلزم الوكيل بضمان ما إذا يمكن معاقبته من الإطلاع الكافى على سلطته ، ما لم يكن الوكيل قد أخذ على نفسه تنفيذ الموجب » (انظر أكفاً فقرة ٢٩٨ في الماشى) . والوكيل هو الذى يبحث علم الغير ، وتقول المادة ٩٤٥ من التقنين المدنى العراقى في هذا الصدد : « وإذا رفض من وقع التعاقد باسمه دون توكيل منه أن يميز التعاقد ، جاز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم نفاذ العقد ، ما لم يثبت من اتخذ هذه الصفة أن من تعاقد معه كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان يجهل أن يكون حالاً بذلك » (انظر أكفاً فقرة ٢٩٨ في الماشى) - وانظر أيضاً المادة ٩٩١ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى فيما يلى فقرة ٣٠٥ من أولها .

(٣) انظر أكفاً فقرة ٣٠٠ .

(٤) انظر أكفاً فقرة ٢٩٨ .

(٥) وتنص المادة ٩٤٢ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى : « ... إذا تعاقد الوكيل مع

فيجب إذن أن يعمل الوكيل في حدود وكالته ، فلا يجاوز هذه الحدود ، حتى يتصرف أثر التصرف الذي يعقده مع الغير إلى شخص الموكل : ومن ثم جاز للغير أن يطلب من الوكيل أن يثبت وكالته وبين حدودها^(١) . وقد كان المشروع التهديدى يشتمل على نص يحول للغير أن يطلب من النائب صورة من سند نيابته ، فكانت المادة ٢/١٥٨ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « ولن يتعاقد مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة ثابتة بعقد مكتوب فله أن يحصل منه على صورة مطابقة للأصل تحمل توقيعه »^(٢) . وقد حذفت هذه الفقرة « لأنها تتناول مسألة عملية تفصيلية ،

= باسم الموكل وفي حدود الوكالة ، فإن المقد يقع للوكيل وتمتد كل حقوقه إليه » . وتنص المادة ٨٠٤ من تقنين الموجبات والمقود البتاني على أن « الأعمال التي يقوم بها الوكيل باسم الموكل ، هل وجه صحيح وضمن حدود سلطه مجرى مفعولها فيما ينفع الموكل ويضره كما لو كان الموكل نفسه قد أجراها » . وتنص المادة ١/٨٠٥ من نفس التقنين على أن « يلزم الموكل أن يني مبصرة بالمقود التي تطلبها الوكيل لحسابه ضمن السلطة الممنوحة له في الوكالة » . (انظر آتفاً فقرة ٢٩٨ في الهامش) .

(١) وينصرف أثر التصرف إلى الموكل حتى لو كانت الوكالة ثابتة في توكيل آخر غير الذي كان في ذهن الغير الذي تعاقد مع الوكيل (استئناف مخطط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٣٦ ص ١٧١ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٨١) .
(٢) وقد حذفت هذا النص في لجنة مجلس الشيوخ « لما تبين من المناقشة أن هذه الفقرة لا ضرورة لها ، لأن الشخص الذي يتعاقد مع نائب عن الغير تقضى عليه الظروف بالاحتياط والحكمة في معاملته ، فقد يكفي بسند عرفي ، وقد يصير على طلب سند رسمي ، وقد يصرف النظر عن هذا وذلك ، فالرجوع في هذا المضمون إلى رغبة المتعاقد مع النائب عن الغير » (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٩٥ - ٩٧ - وانظر الوسيط ١ فقرة ٨٨ ص ١٩٦ هامش ١) .

وكانت المادة ٥١٨ / ٦٣٤ من التقنين الملقى القديم تنص على أنه « لمن يعامل للوكيل الحق في أن يطلب منه صورة رسمية من سند التوكيل » (انظر آتفاً فقرة ٢٩٨ في الهامش ، وانظر استئناف مخطط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩) . وتنص المادة ٨٠٣ من تقنين الموجبات والمقود البتاني على أنه « عند وجود وكالة خاصة يحق على اللوام أن يعامل الوكيل بصفته وكيلا أن يطلب منه إبراز ملك الوكالة ، وأن يأخذ عند الحاجة صورة رسمية من هذا الصك » (انظر آتفاً فقرة ٢٩٨ في الهامش) .

وإذا وقع خلاف بين أصل التوكيل وصورته ، فالعبرة بالأصل ، ولا يكون الموكل مسئولاً عما وقع في الصورة من تحريف متعمد أو غير متعمد (لوران ٢٨ فقرة ٥٩ - جيوار فقرة ١٨٩ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٧٤) . فإذا وقع تحريف في التوكيل عند نقله بطريقة مثلاً أو بسبب تزوير من الوكيل أو من الغير ، لم يكن الموكل مسئولاً من هذا التحريف ، ويرجع الغير الذي تعامل على أساس هذا التوكيل المحرف مع الوكيل على من يكون التحريف منسوباً إليه (جيوار فقرة ١٨٩ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٧٤ وقررة ٧٨٠ ص ٤١٥) .

في القواعد العامة ما يغني عن النص عليها^(١).

فإذا لم يجاوز الوكيل حدود وكالته ، قامت العلاقة مباشرة ، في التصرف الذي يعقده مع الغير ، بين هذا الغير والموكل ، ويغني شخص الوكيل فيما بينهما طبقاً للقواعد المقررة في النيابة . ويترتب على ذلك أن للموكل أن يرجع مباشرة على الغير الذي تعاقد معه للوكيل بجميع الالتزامات الناشئة من هذا التعاقد في ذمة الغير ، وكذلك للغير أن يرجع مباشرة على الموكل بجميع الحقوق التي نشأت له من هذا التعاقد . فيكسب الموكل الحقوق التي تولدت له من العقد الذي أبرمه الوكيل مع الغير ، ويطالب الغير بها دون وساطة الوكيل . ويكسب الغير الحقوق التي تولدت له من هذا العقد ، ويرجع بها مباشرة على الموكل دون وساطة الوكيل كذلك^(٢).

وإذا صدرت ورقة مكتوبة من الوكيل في حدود وكالته ، كانت هذه الورقة حجة على الموكل بتاريخها العرفي ، فتكون دليلاً كتابياً كاملاً ضد الموكل ، ويكون تاريخها العرفي غير الثابت حجة على الموكل^(٣) . وإذا لم تصلح الورقة إلا لتكون مبدأً لثبوت بالكتابة ، فإنها تصلح كذلك أن تكون مبدأً لثبوت

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٤ - ص ٩٧ - وانظر الوسيط ١ فقرة ٨٨

ص ١٩٦ هامش ١ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع المنتهي في صدد المادة ٧١٣ على ما يأتي : « كذلك ينصرف أثر العقد الذي أبرمه الوكيل باسم الموكل ، سواء في ذلك ما يولده من حقوق وما يترتب عليه من التزامات ، إل الموكل مباشرة . ومن أجل ذلك أعطى الغير الذي يتعاقد مع الوكيل الحق في مطالبة بأن يثبت وكالته ومدى هذه الوكالة . فإن كانت الوكالة ثابتة في ورقة مكتوبة ، فلغير أن يحصل على صورة مطابقة لأصل تحمل توقيع الوكيل ، فيستطيع الغير بذلك أن يرجع على الموكل مباشرة بمقتضى هذا التوكيل : م ١٥٨ من المشروع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٦) .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٩٤ .

(٣) نقض فرنسي ٧ مارس سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ - ١ - ٢٥٥ - يودري وفال في الوكالة فقرة ٧٧٣ - ٤١١ - بلانبول وديبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٨ - ٩٤٧ - كولان وكايتان دي لاموراندبير ٢ فقرة ١٣٦٦ ص ٨٧٣ - چوسران ٢ فقرة ١٤١٧ - محمد علي عرفة ص ٤٠٨ - محمد كامل مرسي فقرة ٢٢٦ ص ٣١٣ .

وتظهر الأهمية في حجية التاريخ العرفي على الموكل بوجه عام فيما إذا كان هذا التاريخ العرفي سابقاً على انتهاء الوكالة ، فينصرف أثر التصرف الذي تضمنته الورقة ذات التاريخ العرفي إلى شخص الموكل دون أن يستطيع التمسك بأن التاريخ العرفي ليس حجة عليه . ويستطيع أن يثبت =

بالكتابة بالنسبة إلى الموكل^(١). وإذا صدر إقرار من الوكيل في حدود وكالته ، كان هذا الإقرار حجة أيضاً على الموكل^(٢). وإذا أبرم الوكيل في حدود وكالته عقداً صورياً ، فإن ورقة الضد تكون حجة على الموكل^(٣). وإذا صدر حكم على الوكيل بصفته هذه ، نفذ الحكم على الموكل^(٤). والإعلانات التي توجه من الوكيل أو إليه في حدود الوكالة ، تعتبر موجهة من الموكل أو إليه^(٥). وإذا قطع الوكيل التقدم بعمل صادر منه ، اعتبر هذا العمل صادراً من الموكل^(٦). وإذا وفي الوكيل دين الموكل نيابة عنه ، اعتبر الوفاء حاصلًا من الموكل لا من الوكيل^(٧).

= جميع طرق الإثبات أن التاريخ المرفق للورقة لا يتفق مع الحقيقة، وأنه قد تم لتكون الورقة سابقة على انتهاء الوكالة وذلك حتى يمكن أن ينصرف أثر التصرف إلى الموكل (جيوار فقرة ١٨٥ وفقرة ٢١٣ - بودري وفال في الوكالة فقرة ٧٧٢ ص ٤١١).

(١) نقض فرنسي ١٦ يوفيه سنة ١٨٩٠ سيرييه ٩٠-١-٣٨٥-٧ مارس سنة ١٨٩٢ سيرييه ٩٣-١-٢٩١ - بودري وفال في الوكالة فقرة ٧٧٢ ص ٤١٢ - أوبري ورو وإسبان فقرة ٤١٥ ص ٢٢٩ هامش ١ (٣) - بلانيول وريبير وسالفاتيه ١١ فقرة ١٤٩٨ ص ١٤٧. (٢) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٥ ص ٢٩١. نقض فرنسي ٩ أبريل سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٨-١-٣١٩-٢٤ أكتوبر سنة ١٨٩٤ سيرييه ٩٥-١-٢٢٦-١٣ نوفمبر سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٢-١-٤٨٩-٢٤ مارس سنة ١٩١٥ دالوز ١٩٢٠-١-١٤٣ - بودري وفال في الوكالة فقرة ٧٧٢ مكررة - بلانيول وريبير وسالفاتيه ١١ فقرة ١٤٩٨ ص ٩٤٧.

(٣) بون ١ فقرة ١٠٦٣ - لوران ٢٨ فقرة ٥٣ - جيوار فقرة ١٨٥ - بودري وفال في الوكالة فقرة ٧٧٢ ص ٤١٢ - كولان وكايتان ودی لاموراندبير ٢ فقرة ١٣٦٦ ص ٨٧٣ - محمد علي حرفة ص ٤٠٨ - محمد كامل مرسي فقرة ٢٢٦ ص ٣١٣.

(٤) جيوار فقرة ١٨٤ - بودري وفال في الوكالة فقرة ٧٧٢ مكررة - أوبري ورو وإسبان فقرة ٤١٥ ص ٢٢٩ - ويكون للحكم قوة الشيء المنقضي بالنسبة إلى الموكل (أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٩ هامش ١ (٢) - ولا يجوز للموكل أن يترس على الحكم أمراض الخارج من الخصومة (استئناف مخطوط ٢٠ أبريل ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠١ - نقض فرنسي ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩٠٩-١-٣٧٦ - بلانيول وريبير وسالفاتيه ١١ فقرة ١٤٩٨ ص ٩٤٧. (٥) استئناف مخطوط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١ (إعلان الشفعة للوكيل) - ٢٦ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٦١ - نقض مدني ١٥ يوفيه سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ادم ١٣١ ص ٢٣٧ (يكنى لصحة الإعلان أن يحى اسم الوكيل مقروناً باسم الموكل).

(٦) نقض فرنسي ١٨ مارس سنة ١٨٥١ دالوز ١٨٥١-١-١٥١-٣١ يناير سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢-١-٢٤٦ - بلانيول وريبير وسالفاتيه ١١ فقرة ١٤٩٨ ص ٩٤٧.

(٧) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن ما يبرمه الوكيل في حدود الوكالة يضاف إلى =

وتقف نيابة الوكيل عن الموكل عند حد الفسخ ، فإذا تواطأ الوكيل مع الغير للإضرار بحقوق الموكل ، فإن التصرف الذي يعقده الوكيل مع الغير على هذا الوجه أو الإجراء الذي يتخذه لا ينصرف أثره إلى الموكل^(١) .
ويقع على الغير عبء إثبات أن الوكيل قد تصرف في حدود الوكالة ، حتى يستطيع إلزام الموكل بهذا التصرف^(٢) .

= الأصل، فإذا كان الثابت أن المورد إذ أبرم عقد البيع بالنسبة إلى حصة موكلته التزم في هذا ند بسداد الدين المضمون بمقتضى الإلتزام على تلك الحصة ، وكان الإلزام هذا متراجعا ضمن حدود وكالته بالبيع فإن قيامه بسداد هذا الدين يضاف إلى موكلته وتصرف إليها آثاره . ومن ثم لا يكون في حالة قبضه الثمن وسداده الدين امتياز مدينا لموكلته بما قبضه دائما لما بما دفع ، وإنما يقتصر الإلزام على أن يقدم لها حساب وكالته وأن يؤدي إليها ما تصرف عنه أعماله ، ولا يصح القول في هذه الحالة بقيام مقامة قانونية بين الثمن الذي قبضه الوكيل والدين الذي أداه من موكلته (نقض مدني ١٦ فبراير سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٧ ص ١٥٤) .

(١) نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٢ ص ١٠٧٢ - استئناف مخطط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٥٤ - نقض فرنسي ١٤ أبريل سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٣٤٤ - ٢٩ يونيو سنة ١٩٣٣ سيرييه ١٩٣٣ - ١ - ٣٣٠ - ٩ فبراير سنة ١٩٣٤ سيرييه ١٩٣٤ - ١ - ١٤٣ - هيلانيول وريبير وسالانييه ١١ فقرة ١٤٩٨ - ٩٤٨ - وكذلك إذا استغل الوكيل الوكالة لمصلحته الشخصية على وجه ظاهر لا يخفى على الغير ، كما إذا كان وكلا بالمرن فرهن أموال الموكل لدائتيه الشخصيين ، فإن التصرف لا ينصرف أثره إلى الموكل (أوبري ورو وإسان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٢ وهامش ١٢) . ولكن الغير لا يلتزم باتخاذ الاحتياطات لمنع الوكيل من الإضرار بحقوق الموكل ، مادام لم يشترك معه في الخطأ (استئناف مخطط ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١١) ، ولو اشترط في التوكيل أن يعمل الوكيل ما فيه المصلحة للموكل (استئناف مخطط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٥٠ ص ٥٠) .

أما إذا تصرف الوكيل في حدود الوكالة دون غش ، فإن تصرفه ينصرف أثره إلى الموكل حتى لو لحق هذا الأخير غبن من وراء هذا التصرف ، وأثر الغبن لا يظهر في علاقة الموكل بالغير ، وإنما يظهر في علاقة الموكل بالوكيل فيكون الوكيل مستولا عن الغبن قبل الموكل عند تقديم الحساب من وكالته . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لا يشترط في الصلح أن يكون ما يؤول عنه أحد الطرفين مكافئا لما يؤول عنه الطرف الآخر ، وإن كان التوكيل يبيع إجراء الصلح والزول عن الدعوى ، وكان الصلح اتفق عقده الوكيل لم يجاوز حدود الوكالة واستوفى شرائطه القانونية بأن تضمن فزول كل من الطرفين عن جزء من ادعائاته على وجه التفاضل حسب النزاع القائم بينهما ، وكان الحكم المطعون فيه إذ لم يبت بهذا الصلح ، وإذ قرر أن الوكيل لم يبرأ فيه حدود وكالته ، أтам قضاءه على أن الصلح الذي عقده فيه غبن على موكلته ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون . ذلك لأن هذا الغبن على فرض ثبوته لا يؤدي إلى اعتبار الوكيل مجاوزا حدود وكالته ، وإنما على بحث هذا الغبن وتحديد مدى آثاره يكون في صدد علاقة الوكيل بموكله ، لا في علاقة الموكل بمن تماقد مع الوكيل في حدود الوكالة (نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨ ص ٨٥) .

(٢) استئناف مخطط ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٨ .

٣٠٥ - خروج الوكيل عن حدود الوكالة - مجاوزة هذه الحدود

أو العمل دونه وكالة أو بعد انتهائها : كان المشروع التهديد للتقنين المدني يشمل على نصوص في هذا الصدد . فكانت المادة ٩٩٠ من هذا المشروع تنص على أنه : « ١ - إذا أبرم شخص عقداً باسم غيره دون توكيل ، أو كان وكيلاً وجاوز حدود الوكالة ، فإن العقد لا ينفذ في حق هذا الغير إلا إذا كان قد أقره . ٢ - ويجوز للطرف الثاني في العقد أن يحدد لهذا الغير ميعاداً مناسباً لإقرار الاتفاق ، على أن يتحلل منه إذا لم يصدر الإقرار في الميعاد المحدد . ويجوز له أن يرجع في العقد قبل أن يصدر الإقرار ، إلا إذا كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغي أن يكون عالماً بذلك » . وكانت المادة ٩٩١ من المشروع تنص على ما يأتي : « أما إذا رفض الإقرار صراحة أو ضمناً ، فإنه يجوز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم نفاذ العقد ، ما لم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغي أن يكون عالماً بذلك »^(١) . وقد حذف النصان في لجنة المراجعة « اكتفاء بما تقدم من أحكام النيابة »^(٢) . ولما كان النصان المحذوران لا يفرجان في أحكامهما عن القواعد العامة ، فليس يوجد ما يمنع من العمل بهذه الأحكام بالرغم من هذا الحذف .

والوكيل لا تكون له صفة النيابة عن الموكل إذا عمل باسم هذا الأخير وجاوز حدود الوكالة ، أو عمل دون وكالة أصلاً^(٣) ، أو عمل بعد انتهاء

(١) ويقابل هذين النصين النصان الآتيان في التقنين المدني القديم : م ٢٤٤ فقرة ٢/٢٤٤ : ولا يكون (الوكيل) مسئولاً أيضاً عن تجاوز حدود ما وكل فيه إذا أعلم من يعامله بسمه وكالته - م ٢٢٧/٢٤٨ : على الموكل تنفيذ ما ألزم به وكيله باسمه بموجب التوكيل ، وعليه أن يبين في حياته لائق ما في عزمه من التصديق أو عدمه على ما فطه الوكيل خارجاً من حدود التوكيل - وانظر أيضاً للمادتين ٩٤٤ - ٩٤٥ من التقنين المدني العراقي والمادتين ٨٠٦ - ٨٠٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني أنفاً فقرة ٢٨٠ في الماشي .

(٢) مجموعة الأعمال التفسيرية ٥ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٨ .

(٣) استئناف وطني ٢٠ مارس سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ٢٠٠ - استئناف غنطل أول فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١١٦ - وسرى عنه الكلام في نظرية الوكالة الظاهرة أن العمل دون وكالة يتضمن أيضاً أن يعمل الوكيل بوكالة باطلة أو بوكالة أبطلت لتقص الأهلية أو لغيره في الرضاء - وإذا كانت الوكالة مزورة لم يكن من نسب صحتها منه ، أي من يوصف بصفة الموكل -

الوكالة . ففي جميع هذه الفروض لا يكون الوكيل في تعاقد مع الغير نائباً عن الموكل ، ومن ثم لا ينصرف إلى هذا الأخير أثر هذا التعاقد .

على أن هناك حالة يجب استثنائها مما تقدم ، وهي حالة خروج الوكيل عن حدود الوكالة « متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً ، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف » (م ٢/٧٠٣ مدني) . وقد تقدم أن أثر التصرف في هذه الحالة ينصرف إلى الموكل على أساس نيابة قانونية تقوم على إرادة مفترضة من جانبه^(١) .

وفيما عدا هذه الحالة يعمل الوكيل في الفروض المتقدمة دون نيابة ، فلا ينصرف أثر تصرفه إلى الموكل كما سبق القول . ويستوى في ذلك أن يكون الغير الذي تعاقد مع الوكيل عالماً بأن الوكيل يعمل دون نيابة أو غير عالم بذلك ، فحتى لو كان الغير يعتقد بحسن نية أن الوكيل يعمل بموجب وكالة قائمة لم تقع مجاوزة في حدودها ولم تنقض ، فإن هذا لا يغير من الحقيقة وهي أن الوكيل يعمل دون نيابة ، فلا ينصرف أثر التصرف إلى الموكل ، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام الوكالة الظاهرة فيما سيجيء . هذا إلى أن الغير حسن النية كان يستطيع أن يعلم حقيقة مركز الوكيل لو أنه أراد التثبت من ذلك ، ومن حقه كما قلنا أن يطالب الوكيل بما يثبت وكتالته ومداها^(٢) .

= في هذه الوكالة المزورة ، سنؤلا قبل الغير ، إلا إذا أثبت الغير خطأ في جانبه (استئناف مخطوط ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢١ - ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٤٩ - وقد تقدم أنه إذا استطاع الوكيل أن يتصادق بشروط أفضل ، لم يعتبر ذلك مجاوزة لحدود الوكالة (انظر آنفاً فقرة ٢٤٨ - وانظر م ٧٨٠ من تقنين الموجبات والمقود اللاتين آنفاً فقرة ٢٤٧ في المحامس وم ٨٠٦ من نفس التقنين آنفاً فقرة ٢٤٨ في المحامس) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في هذا العدد : « بقيت حالة ما إذا تعاقد شخص باسم غيره دون توكيل أو مجاوزاً لحدود التوكيل (في غير حالة ما فاست عليه المادة ٢/٩٧٨ : من المشروع وتقابل م ٢/٧٠٣ مدني) ، أو بعد أن انقضت الوكالة . فلذا تعاقد (١) مع (ب) باسم (ج) ، دون توكيل أو مجاوزاً لحدود التوكيل ، فإن (١) لا يعتبر وكيلًا عن (ج) . سواء علم ب ب بانعدام الوكالة أو لم يعلم ، إذ كان يستطيع أن يعلم لو أنه طلب من (١) إثبات وكتالته كما تقتضي بذلك المادة ١٥٨ (من المشروع) ، لذلك لا ينفذ العقد في حق (ج) إلا إذا أقره » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٢٦ - ٢٢٧) - وقد تقتت محكمة التفتض بأنه سواء أكان المستأجر حسن النية أم كان سيئاً ، فإن تجاوز الوكيل حدود توكيله لا يجعل الموكل مسئولاً عن عقد عقد خروجا عن تلك الحدود . وعلى من يتصادق مع الوكيل أن يتحرى =

وإذا كان التصرف الذي عقده الوكيل دون نيابة لا ينصرف أثره إلى الموكل، فإن هذا الأخير يكون مع ذلك بالخيار بين أن يقره أو ألا يقره .
 فإذا اختار أن يقره ، فليس للإقرار شكل خاص ، ويصح أن يكون صراحة أو ضمناً^(١) . ويستخلص الإقرار الضمني من تنفيذ الموكل

= صفة من تماقت منه وطلود تلك الصفة، فإذا قصر فعله تفسيره . فإذا كانت ورقة الاتفاق إلى مقتضاها عين ثلاثة أشخاص حراساً على أعيان وقت قد حظرت عليهم أن يتفرد أحدهم بأى عمل وإلا كان باطلاً ، ثم أجر أحدهم وحده هذه الأرض ، فإن الوقت لا يتصل نتيجة عمل هذا الحارس ولو كان المستأجر حسن النية (نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٢ ص ١١٠٩) . وانظر في نفس المعنى استئناف وطني ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ٤٠١ - ٣١ يولييه سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٢٢٥ - استئناف مخطوط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٠ - ٥ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١١ ص ٣٨٤ - ٧ يولييه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١١ - ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٧ - ٣ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٤) . وإذا جاوز الوكيل حدود الوكالة لم ينصرف أثر التصرف إلى الموكل كما قلنا ، لكن إذا ورث الوكيل للموكل لم يجوز له أن يتسكع بعدم انصراف أثر التصرف إذ لا يصح أن يتجنى بمخاطره (استئناف مخطوط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٤٤) .

والثبر هو الذي يقع عليه عبء إثبات أن الوكيل قد عمل في حدود نيابته (انظر آنفاً فقرة ٣٠٤ في آخرها - وقارن بودوي وقال في الوكالة فقرة ٧٧٩ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٢ هامش ١١) . وعجاجة حدود التوكيل مسألة واقع لا رقابة فيها لحكمة النقض (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٥ ص ٤٨٩) .

(١) استئناف وطني ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ رقم ٦١ ص ٢٤٦ - وقاضى الموضوع هو الذي يبت فيما إذا كان العمل الصادر من الموكل يعتبر إقراراً (استئناف مخطوط ٢٥ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٤٨ ، نقض فرنسي ١٣ يولييه سنة ١٨٨٣ دالوز ٨٤ - ١ - ٢٣٢ - ٦ فبراير سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ - ١ - ٣٥٢ - ٢٣ مارس سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٧ - ١ - ١٥٢ - ٦ يناير سنة ١٩٢٥ سيرييه ١٩٢٥ - ١ - ١٢٧ - ٧ أكتوبر سنة ١٩٢٩ جازيت دي پاليه ١٩٢٩ - ٢ - ٢ - ٨٢٩ - ٩ يولييه سنة ١٩٣١ سيرييه ١٩٣١ - ١ - ٣١٢ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ٥٢ - بودوي وقال في الوكالة فقرة ٧٨٤ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣١ - بلانديول وديير وسافانييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص ٩٤٨ - كولان وكايتيان ودى لاموراندوير ٢ فقرة ١٣٦٦) .

ويجب لإقرار ما يباشره الوكيل خارجاً عن حدود الوكالة أن يكون المقرر علماً بأن التصرف الذي يقره خارج عن حدود الوكالة ، وأنه قد أقره قاصداً إضافة أثره إلى نفسه (نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض رقم ١٠١ ص ٤٠١) . وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن خروج الوكيل عن حدود وكالته في تماقت سابق لا يلزم منه اعتبار تصرف آخر لاحق حاصل من الوكيل فانقضاء حق الموكل ، مادام أن هذا التصرف كان صادراً من وكيل خارج حدود الوكالة ، إذ هو لا ينتفي في حقه إلا بإجازة ذات التصرف (نقض مدني ١٢ مايو سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٦٠ ص ٣٩١) .

للالزامات التي عقدها باسمه الوكيل^(١) ، أو من تعهده بتنفيذها ، أو من أي عمل آخر يستفاد منه الإقرار كما إذا قدم الموكل كضيلاً لضمان هذه الالتزامات تنفيذاً للشروط التي تعاقد عليها الوكيل ، أو عقد قرضاً يستعين به على تنفيذها^(٢) ، أو حول الحقوق المعقودة باسمه إلى دائن آخر^(٣) . وإذا أقر الموكل تصرف الوكيل ، لم يجوز له الرجوع في هذا الإقرار^(٤) . ويكون

(١) استئناف مخطط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٠٠ - نقض فرنسي ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٦٧ دالوز ٦٧ - ١ - ٤٠٨ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ جازيت دي پاليه ١٩٢٩ - ١ - ٨٢٩ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٦ - ٥٢ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٨٥ ص ٤١٩ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٢ - پلانتيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص ٩٤٨ .

(٢) پلانتيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص ٩٤٨ .

(٣) وقد يستخلص الإقرار الفسخي من مجرد سكوت الموكل مدة كافية دون أن يمتنع عن التصرف المعقود باسمه (نقض فرنسي ٣ يونيو سنة ١٨٤٥ دالوز ٤٥ - ١ - ٣٢٤ - ٤ يونيو سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٤ - ١ - ٤٤١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٨٥ ص ٤١٩ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٢ - پلانتيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص ٩٤٨) . على أنه إذا دعا الدين الذي تعاقد معه الوكيل الموكل إلى إقرار التصرف وعين له مدة لذلك ، فسكت الموكل حتى انقضت المدة ، اعتبر سكوته رفضاً بالتصرف كما سرى ، لأن الموكل قد دعي لإقرار التصرف ، فسكوته عن الإقرار أول أن يفسر بالرفض منه بالقبول . وإذا بني الشريك على الأرض للشائعة ، وسكت شريكه ، ثم طالب بملكته لحصة في هذا البناء ، فإن هذه المطالبة تفيد أنه أقر فعل شريكه ضمناً ، يكون الشريك الباني في هذه الحصة معزباً في حكم الوكيل (نقض مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٩ ص ٩٩٠) .

وإذا أقر رب العمل عمل الفضول تحول الفضول وكلا ، ولكن يقتصر تحوله إلى وكيل على الحدود التي حصر فيها الإقرار . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان صحيحاً أن قبض الدائن قيمة الشيك الذي تسلمه آخر من المدين يمه إقراراً منه لهذا الوفاء ، بحيث يصبح هذا الغير في هذه الحالة وكلياً بعد أن بدأ فضولياً - على ما تقتضيه المادة ٣٣٣ من القانون المدني ومذكرته التفسيرية - إلا أن هذه الوكالة قاصرة على الوفاء الذي أقره الدائن ، فلا تتعداه إلى ما يكون هذا الغير قد أقر به في ورقة أخرى غير الشيك من أن المبلغ الموق به هو كل الباقي المستحق للدائن ، لأن هذا الإقرار بالتخالي ليس من استلزمات الوفاء بالمبلغ الموق به ، بل هو إقرار بواقعة قانونية مستقلة عن الوفاء . ولا يمكن اعتبار الدائن مفرأً لها إلا إذا كان قد علم بها وقت إبرامه ذلك الوفاء . كما لا يمكن اعتبار الإقرار بالتخالي عن الغير عملاً من أعمال الفضول ، إذ لا يتوافر فيه ما يشترط توافره في عمل الفضول الذي يلزم به رب العمل ، وهو أن يكون هذا العمل ضرورياً بالنسبة إلى رب العمل (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦٦ ص ٤١٤) .

(٤) استئناف مخطط ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٨٩ .

للإقرار أثر رجعي ، فيعتبر التصرف نافذاً في حق الموكل من يوم أن عقده الوكيل لا من يوم الإقرار . إذ أن الإقرار اللاحق يكون في حكم التوكيل السابق^(١) . فلو وكل شخص في شراء منزل بمبلغ معين ، فاشتراه بمبلغ أكبر وسجل عقد البيع ، ثم باع صاحب المنزل المنزل مرة أخرى وسجل البيع الثاني بعد تسجيل البيع الأول ، وبعد تسجيل البيع الثاني أقر الموكل

(١) نقض فرنسي ٧ أبريل سنة ١٨٥١ دألكوز ٥١ - ١ - ٩٣ - ٢٥ مارس سنة ١٨٧٩ دألكوز ٧٩ - ١ - ١٠٢ - ٤ مارس سنة ١٨٩١ دألكوز ٩١ - ١ - ٣١٣ - ٣١٣ جيوار ١٩٨ - يودري وقال في الوكالة فقرة ٧٨٩ (يستحق الوكيل الذي جاوز حدود الوكالة وأقر للموكل تصرفه فوائد المصروفات التي أنفقها من يوم الإنفاق) - بلانيرول وريبير وسالطانيه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص ٩٤٩) .

ويمكن القول إن الموكل بالإقرار الذي صدر منه قد أسنى على الوكيل صفة النيابة عنه بأثر رجعي فيما جاوز الوكيل فيه حدود الوكالة . فتكون النيابة هنا نيابة اختيارية (volontaire) لا نيابة اتفاقية (conventionnelle) ، وهذا يقرب كثيراً عما يقول به الفقه الألماني والفقه الإيطالي فيما قلنا من التمييز بين الوكالة والنيابة (انظر آنفاً فقرة ٣٠٠ في الملتصق) . غير أنه يلاحظ أن كل نيابة تقوم على أساس الوكالة ، في هذين الفقهين ، تكون نيابة اختيارية مصدرها إرادة الموكل المنفردة ، فلا توجد إذن نيابة اتفاقية ، إذ الاتفاق إنما هو عقد الوكالة ذاته الذي يميز عن النيابة ويستقل عنها .

وقد سبق لنا تكليف آخر غير ما قدمناه هنا فيما إذا جاوز الوكيل حدود الوكالة ثم أقر الموكل تصرفه . فقلنا في الجزء الأول من الوسيط (فقرة ٨٨ ص ١٩٨ هلمش ٢) ما يأتي : « فلو كان النائب وكيلاً وجاوز حدود الوكالة ، جاز القول إنه نصب نفسه وكيلاً بإرادته المنفردة فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، على أن يقره الموكل بعد ذلك . ويكون مصدر النيابة في هذه الحالة هو القانون ، فقد جعل الوكيل - بناء على إرادته - نائباً فيما يجاوز حدود الوكالة . والنيابة هنا ليست منجزة ، بل هي مطلقة على شرط موقف هو أن يصدر إقرار من الموكل » . وبين النيابة القانونية التي قلنا بها هناك والنيابة الاختيارية التي نقول بها هنا ، نرى الآن أن الأصح هو القول بالنيابة الاختيارية ، إذ أن هذه النيابة قد قامت على إقرار الموكل أي على إرادته ، وهي إرادة حقيقية . فلا حاجة لنا إذن إلى الالتجاء لنيابة القانونية . ولإنما نلتجئ لنيابة القانونية إذا قلنا بالنيابة على إرادة مقترضة لا على إرادة حقيقية ، كما هو الأمر في حالة ما إذا جاوز الوكيل حدود الوكالة وكانت الظروف بحيث ينطب عليها اللحن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على تصرف الوكيل (انظر آنفاً فقرة ٢٤٩) .

وواضح أننا في النيابة الاختيارية التي نقول بها هنا نقيم النيابة على إرادة الموكل ، أي على إقراره لما جاوز فيه الوكيل حدود الوكالة . أما في النيابة القانونية التي قلنا بها هناك ، فنقيم النيابة على إرادة الوكيل أولاً ثم على إرادة الموكل ثم على القانون ، ونحن في غنى عن كل ذلك إذا قلنا بالنيابة الاختيارية وأقمناها على إرادة الموكل وحدها .

عقد الشراء الذي عقده الوكيل ، كان لهذا الإقرار أثر رجعي من يوم صدور البيع الأول لا من يوم صدور الإقرار ، ومن ثم يتقدم البيع الأول على البيع الثاني (١) .

وإذا اختار الموكل ألا يقر التصرف ، لم ينصرف أثره إليه (٢) ، ونيس للغير أن يرجع عليه إلا بمقدار ما استفاد في حدود قواعد الفضالة أو قواعد الإثراء بلا سبب (٣) . وللغير أن يرجع على الوكيل بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم انصراف أثر التصرف إلى الموكل ، وتقول المادة ٩٩١ من المشروع التمهيدي فيما رأينا في هذا الصدد : « أما إذا رفض (الموكل) الإقرار صراحة أو ضمناً ، فإنه يجوز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم نفاذ العقد ، ما لم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغي أن يكون عالماً بذلك » (٤) ، وقد تقدم بيان هذه الأحكام (٥) .

(١) أدبيري ودو وإسبان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٢ - بلانويول وديبير وسالتانيه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص ٩٤٩ - أنسكلوبيدي دالوز ٣ لفظ *Mandat* فقرة ٣٥٩ - محمد عرفة ص ١١٢ - محمد كامل مرسى فقرة ٢١٩ ص ٣٠٦ (ويشير في الهامش إلى إجازة العقد القابل للإبطال ، والإجازة غير الإقرار) - وقارن بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٩٠ - ويجب التمسك بإقرار الموكل بالتصرف أمام محكمة الموضوع ، فلا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض (نقض مدني ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٨٠ ص ٧٤٧) .

ويجب التمييز بين الإقرار (ratification) وله أثر رجعي كما قلنا ، وبين موافقة الوكيل الآخر (approbation) على تصرف الوكيل الأول فيما إذا كان التصرف يجب أن يشره الوكيلان معاً ، فهذه الموافقة لا يكون لها أثر رجعي ، ويعتبر التصرف قائماً من تاريخ موافقة الوكيل الآخر لا من تاريخ مباشرة الوكيل الأول له (نقض فرنسي ١٤ أبريل سنة ١٨٨٩ ص ٨٩ - ١ - ٤٢٦) .

(٢) استئناف غخطط ٢١ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٣ .

(٣) استئناف غخطط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٣ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٧٨ - بلانويول وديبير وسالتانيه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص ٩٤٩ - ويرجع بموجب الفضالة إذا توافرت شروطها ، وأهم هذه الشروط هو أن يكون التصرف متعلقاً بشأن عاجل للموكل ، وإلا فإنه يرجع بموجب الإثراء بلا سبب (أدبيري ودو وإسبان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٠ و٢٣١ هامش ٦) .

(٤) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أنه يجب حذف عبارة « أو كان ينبغي أن يكون عالماً بذلك » ، لأن النص الذي تم اعتماده مع الوكيل كان يستطيع دائماً التمسك بالوكالة لو أنه طالب الوكيل بإثبات وكالته (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٢٧) .

(٥) انظر ألفاً فقرة ٣٠٣ .

وقد وضعت الفقرة الثانية من المادة ٩٩٠ من المشروع التمهيدى ، فيما رأينا ، طريقة عملية لإجبار الموكل على اتخاذ موقف من التصرف الذى عقد باسمه ، فأجازت للغير الذى تعاقد مع الوكيل أن يحدد ميعاداً مناسباً للموكل لإقرار الاتفاق ، على أن يتحمل الغير منه إذا لم يصدر الإقرار فى الميعاد المحدد^(١) . وهذه الطريقة يمكن اتباعها دون حاجة للنص عليها ، لأنها تتفق مع القواعد العامة . ذلك أنه إذا دعى الموكل لإقرار الاتفاق فى ميعاد مناسب ، وانقضى هذا الميعاد دون أن يقره ، كان هذا معناه أنه يرفض الاتفاق ، فلا ينصرف أثره إليه ، فيتحمل منه الغير^(٢) . على أن الغير يجوز له ابتداء التحلل من الاتفاق قبل أن يقره الموكل ، فإدام هذا الإقرار لم يصدر فإن أثر الاتفاق لا ينصرف إلى الموكل ، ومن ثم يكون الاتفاق بمثابة إيجاب من الغير ، معروض على الموكل ، فللغير الرجوع فى هذا الإيجاب قبل أن يصدر للقبول^(٣) . ولكن إذا كان الغير يعلم باتعدام نيابة الوكيل وقت تعاقدته معه ومع ذلك أقدم على التعاقد ، فإن هذا يفسر على أنه أراد أن يتقيد بإيجابه إلى أن يتخذ الموكل قراراً برفض الاتفاق^(٤) ، فعند ذلك يتحمل منه الغير^(٥) . ولا يبقى أمامه فى هذه الحالة إلا أن يحدد للموكل ميعاداً مناسباً إذا لم يقر

(١) ولا يسرى الميعاد إلا من وقت علم الموكل بالتصرف الصادر من الوكيل خارج حدود الوكالة (استئناف مخطوط ٢٧ يوتيه سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ٣٥٢) .

(٢) ومع ذلك انظر فى أن سكوت الموكل مدة معقولة عن اتخاذ موقف بالنسبة إلى تصرف جاوز فيه الوكيل حدود الوكالة يعتبر إقراراً ضمنياً لهذا التصرف : استئناف مخطوط ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٢٩ - ٢٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٢ ص ٣٦٠ - ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٨٨ .

(٣) لوران ٢٧ فقرة ٤٣٤ - جيوار فقرة ١١٩٥ - بوبرى وثائق فى الوكالة فقرة ٧٩٩ - محمد على حرفة ص ٤١٣ - ص ٤١٤ - وقارن أكرم أمين الحول فقرة ١٩٣ ص ٢٤٢ (ويبنى حق الغير فى الرجوع عن التعاقد على وقوعه فى غلط جوهري) .

(٤) محمد على حرفة فقرة ٤١٤ .

(٥) وهذا ما تقول به العبارة الأخيرة من المادة ٩٩٠ من المشروع التمهيدى فيما رأينا ، فهي تنص على أنه يجوز للغير « أن يرجع فى العقد قبل أن يصدر الإقرار ، إلا إذا كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان يبنى أن يكون علماً بذلك » . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه يجب حذف عبارة « أو كان يبنى أن يكون علماً بذلك » ، لأن الغير الذى تعاقد مع الوكيل كان يستطيع دائماً العلم باتعدام الوكالة لو أنه طالب الوكيل بإثبات وكالته (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٢٧ - وانظر أيضاً نفس الفقرة فى المالحش) .

هذا الأخير في أثباته الاتفاق اعتبر عدم الإقرار رفضاً كما سبق القول ،
فيتحلل الغير من الاتفاق على هذا الوجه^(١) .

وقد حددت تقنين المرافعات نطاق التوكيل بالخصومة^(٢) ، فإذا خرج
الوكيل عن هذا النطاق جاز للموكل التنصل من عمله ، وقد رسمت إجراءات
خاصة لهذا التنصل^(٣) .

(١) ولا يعتبر الوكيل في البيع عن المالك ، إذا جاوز حدود الوكالة ، في مقام غير المالك
الذي يصدر منه التصرف فيكون سبباً صحيحاً يستند إليه التقادم القصير ، بل يجب إعمال أحكام
مجازرة التوكيل لحود الوكالة فلا يسرى تصرف الوكيل أصلاً إذا لم يقره المالك . وقد نفتت محكمة
التنقص في هذا المعنى بأن السبب الصحيح هو السند الذي يصدر من شخص لا يكون مالكاً لقسم
أوصاحها الحق الذي يراد كسبه بالتقادم ، فإذا كان الثابت أن عقد البيع إنما صدر من وكيل عن
المالك ، فإنه لا يتأتى في هذا المقام الاستناد إلى وجود سبب صحيح ، وإنما يمتنع في هذا المجال إعمال
ما تقتضيه الأحكام الخاصة بالنيابة في التملكه وبآثار الوكالة فيما تقرره هذه الأحكام من أن على
الوكيل أن يقوم بتنفيذ الوكالة دون أن يتجاوز حدودها المرسومة ، ومن أنه إذا خرج عن حدودها
وأبرم عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق وإلزامات لا يضاف إلى الأصيل إلا إذا
أجاز التصرف (نقض مدني ١٢ مايوس ١٩٦٠ مجموعة أحكام التنقص ١١ رقم ٦٠ ص ٣٩١) .

(٢) انظر للمادتين ٨١٠ - ٨١١ مرافعات أئفاً بقرة ٢٤٠ في آخرها في الماش .

(٣) نصت المادة ٨١٢ مرافعات على أنه « إذا كان التنصل من عمل متعلق بخصومة
قائمة ، وجب أن يحصل بتقرير في قلم كتاب المحكمة القائمة أمامها بالخصومة ، وأن يبين فيه موضوع
التنصل وأسانيده وطلبات التنصل ، وذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة ٨٧ . ويعلق المتنصل
صورة من هذا التقرير إلى الوكيل وإلى باقي الخصوم في ظرف عشرة أيام من تاريخ التقرير ، مع
تكليفهم بالخصوم أمام المحكمة المذكورة ، وإلا جاز الحكم بسقوط دعوى التنصل » . والمادة ٨٧
المشار إليها تنص على أن « كل ما يقرره الوكيل بحضور موكله يكون بمثابة ما يقرره الموكل
فحصه ، إلا إذا فاه أو اتصل منه أثناء نظر القضية في الجلسة » . ونصت المادة ٨١٣ مرافعات
على أنه « لا تقبل دعوى التنصل من عمل متعلق بخصومة قائمة إذا رفعت بعد مضي ستة أشهر من تاريخ
ذلك العمل » . ونصت المادة ٨١٤ مرافعات على أنه « إذا كان التنصل من عمل غير متعلق بخصومة
قائمة ، رفعت دعوى التنصل بالطرق المعتادة إلى المحكمة التي يباشرها موطن المدعى عليه » . ونصت
المادة ٨١٥ مرافعات على أنه « لا تقبل دعوى التنصل من عمل بين عليه حكم أصبح غير قابل
للطعن بالمعارضة أو بالاستئناف إلا إذا رفعت في ظرف ثلاثين يوماً من ذلك » . ونصت المادة
٨١٦ مرافعات على أن « يحكم في دعاوى التنصل على وجه السرعة » . ونصت المادة ٨١٧ مرافعات
على أن « يترتب على الحكم بقبول التنصل إلغاء التصرف المتنصل منه ، وإلغاء جميع الإجراءات
والأحكام المؤسسة عليه ، ويلزم الوكيل المدعى عليه بالتضمينات قبل المتنصل وقبل غيره من
الخصوم عنه الاقتضاء » . وإذا حكم برفض التنصل أو بعدم قبوله ، ألزم المتنصل برأمة لا تقبل
من عشرة جنهات ولا تزينة على خمسين جنهاً وبالتضمينات » .

٣٠٦ - الوكالة الظاهرة - شروط قيامها : قدمنا أن الوكيل إذا عمل دون نيابة ، فإن أثر التصرف الذي يعتقده مع الغير لا ينصرف إلى الموكل ، حتى لو كان هذا الغير حسن النية يعتقد أن الوكيل يعمل في حدود نيابته . فلا يكفي إذن أن يكون الغير حسن النية حتى يستطيع أن يحتج على الموكل بالتصرف الذي عقده مع الوكيل . ولكن هناك أحوال يدعم فيها حسن نية الغير مظهر خارجي منسوب إلى الموكل ، ويكون من شأن هذا المظهر أن يدفع الغير إلى الوهم الذي وقع فيه . فعند ذلك يكون الغير هو الأول بالرعاية من الموكل لأنه لم يرتكب خطأ ، أما الموكل فقد خلق مظهرًا خارجيًا أوقع الغير في الوهم ، فيضني القانون حمايته على الغير دون الموكل . وسيله إلى ذلك أن يجعل أثر التصرف الذي عقده الغير مع الوكيل ينصرف إلى الموكل ، لا بموجب وكالة حقيقية فهي غير موجودة في الواقع ، بل بموجب وكالة ظاهرة (mandat apparent) .

ونظرية الوكالة الظاهرة نظرية صاغها القضاء^(١) - وتابعه فيها

(١) القضاء المصري : استئناف مغلط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ١٢ - ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٢٥ - ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٢ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣١٩ - ٣١ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٣٩ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٧ - ١٦ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٨٢ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٢ - ٢٤ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٩ - ٦ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٠٥ - ١٤ يونيو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢٣ - ١٧ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٦ - ٧ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٦ - ١٧ مارس سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٧٤ - استئناف وطني ١٢ مايو سنة ١٨٩٣ القضاء ١ - ١٠٢ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٦ ص ٤٩ - استئناف مصر ٩ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٥٣ ص ٧١٥ - ١٨ فبراير سنة ١٩٥٥ مجلة التشريع والقضاء ٧ رقم ٣٢ ص تعليق الأستاذ جمال مرسى بدر - ملططا ١٣ مايو سنة ١٩١٣ الحقوق ٣٤ ص ١٤٥ - بنى سويت ٩ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٢٢٦ ص ٥٢١ - الإسكندرية استئناف ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٥ مجلة التشريع والقضاء ٧ رقم ٥٠ ص ١٥٥ - الإسكندرية الوطنية ٢١ أبريل سنة ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ رقم ٥١٤ ص ١١٢٥ .

القضاء الفرنسي : نقض قرني ١٤ يونيو سنة ١٨٧٥ سيري ٧٥ - ١ - ٣٦٨ - ١١ أبريل سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٩ - ١ - ١٦٤ - ١٣ فبراير سنة ١٨٨٣ دالوز ٨٤ - ١ - ٨٠ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٤٦٤ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٦ - ١ - ٦٦ - ٢١ مارس سنة ١٩١٠ سيري ١٩١٢ - ١ - ٢٩٧ - ١٤ يناير سنة ١٩٢٠ سيري ٥٠

الفقد^(١) - ليوافقها الضرورات العملية ، وليؤيد استقرار التعامل : ولو خرج في ذلك على المنطق القانوني . ولها مع ذلك سند تشريعي في بعض تطبيقاتها الهامة كما سيبيح^(٢) .

ونبين الآن شروط قيام الوكالة الظاهرة ، والأثر الذي يترتب عليها ، والأساس القانوني الذي تقوم عليه .

ويجب توافر شروط ثلاثة لقيام الوكالة الظاهرة :

(الشرط الأول) أن يعمل الوكيل باسم الموكل ولكن دون نيابة : ويكون ذلك إما بأن يجاوز الوكيل حدود الوكالة المرسومة له ، وإما بأن يستمر في العمل كوكيل بعد انتهاء الوكالة ، وإما بأن يعمل كوكيل دون وكالة أصلا ، أو بوكالة باطلة أو قابلة للإبطال بعد إعطائها .

ومجاوز الوكيل حدود الوكالة ، أكثر ما يكون ، إذا زود بوكالة غامضة المارة ، أو بوكالة واسعة المدى في ظاهرها ولكنها مقيدة في حقيقتها بقيود لا يستطيع معرفتها الغير الذي يتعامل مع الوكيل ، أو كانت هناك - كما يقول نقنين الموجبات والعقود اللبناني (٢/٨٠٥م) - هذه «الشروط التحفظية

١- ١٩٢٠ - ٢٧٢ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت دي پاليه ١٩٢٧ - ١ - ٣١١ - ٢٧. نوفمبر سنة ١٩٢٩ داقوز الأسبوعي ١٩٣٠ - ٦٨ - ٢٩ يناير سنة ١٩٣٤ سيرة ١ - ١٨١ - ٤ مايو سنة ١٩٣٦ الأسبوعي التفضائي ١٩٣٦ - ٧٧٧ - ١١ مايو سنة ١٩٣٦ سيرة ١٩٣٦ - ١ - ٢٢٣ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ جازيت دي پاليه ١٩٣٩ - ١ - ٣٣٠ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤١ (C.P.J. ١٩٤٢) - ٢ - ١٨١٤ - باريس ١١ يناير سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٨ - ٢٧٩ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٥ جازيت دي پاليه ١٩٣٥ - ١ - ٤٧٣ - بوردر ١١ يناير سنة ١٩٣٢ سيرة ١٩٣٣ - ٢ - ٧٨ - مونبلييه ٤ مايو سنة ١٩٤٩ جازيت دي پاليه ١٩٤٩ - ٢ - ٧٦ .

(١) جيوار فقرة ١٨٦ وما بعدها - بودري وفال في الوكالة فقرة ٧٨٠ وما بعدها وفقده ٨٦٨ وما بعدها - بيدان ١٢ فقرة ٣١٨ - أوبري وروو إسبان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٣ - بلانويل وزيير وسافانييه ١١ فقرة ١٥٠٠ - دي پاچ ٥ فقرة ٤٤٨ - كولان وكابيتان ودي لاسور اندير ٢ فقرة ١٣٦٦ - جيزو في المظهر كمصدر للمستولية رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ - ليوتي (Léauté) في الوكالة الظاهرة في المحلة انفصالية لقانون المدني ١٩٤٧ ص ٢٨٨ .

ميد الباسط جيمي في نظرية الأوضاع الظاهرة ص ١٥٣ - ص ٢٢٤ - جمال مرسى بدر في النيابة في التصرفات القانونية ص ١٣٩ ص ١٥٣ - دراسات في النظرية العامة لنيابة حول مشروع المهد الدولي لوحيد القانون الخاص فقرة ٢٠ - فقرة ٢١ .

(٢) انظر ما يلي فقرة ٣٠٨ في الهامش .

والاتفاقات السرية التي تعقد بين الموكل والوكيل ولا تستفاد من الوكالة نفسها^(١). فيجاوز الوكيل حدود الوكالة متوسعاً في تفسير العبارة الضامضة ، أو غير ملزم للقيود التي تحدد مدى الوكالة^(٢) ، أو غير مراعى للشروط التحفظية والاتفاقات السرية التي عقدها مع الموكل^(٣). ونفرض ، في مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة ، أننا لسنا أمام الحالة الاستثنائية التي يسمح فيها على الوكيل

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ في هامش .

(٢) من ذلك أن يكون نظام الشركة قد قيد على غير المألوف من سلطات مدير الشركة ، فيخرج المدير على هذه القيود في تعامله مع الغير ، ويتخذ الغير بحسن نية أن المدير يعمل في حدود نظام الشركة . ومن ذلك أيضاً أن يكون التوكيل مطلق العبارة في ظاهره ، ولكت في حقيقته مقيد بتصرف معين ، وقد قضى في هذا المعنى بأنه متى تصرف الوكيل مع الغير في حدود الوكالة الصادرة إليه ، نفذ تصرفه في حق الموكل ، وإن كان التوكيل قد صدر من أجل عملية معينة تنفق عليها بين الموكل والوكيل ، وذلك لأن عبارات التوكيل إذا لم يرد فيها ذلك التخصيص فن حق الغير أن يطمئن إلى ذلك التوكيل وأن يتعامل على أساسه (الإسنكورية الوطنية ٢١ أبريل سنة ١٩٥٧ الهامة ٣٨ رقم ٥١٤ ص ١١٢٥) .

(٣) وقد نفتت محكمة الاستئناف المخططة بأن الاتفاقات الشفوية الحاصلة بين الموكل والوكيل في شأن تأجير عقار والتقيده لسلطة هذا الأخير ، لا يحتاج بها على المتأجير الذي تعامل مع الوكيل بعد اطلاعه على عقد الوكالة الذي يمنح الوكيل سلطة تامة من حيث اختيار المتأجير ومقدار الأجرة ومدة الإيجار (استئناف مخطط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦١) .

وتيسر للوكيل أيضاً مجاوزة حدود الوكالة إذا كانت الظروف - كما يقول الأستاذ عبد الباسط جيمى - « بحيث تقتضى على الغير الذي يتعامل مع الوكيل بأن يتلطف ، فلا يذهب في تحري نطاق الوكالة إلى أكثر من الاطلاع السريع - أو الخاطف - على سندها . بل وقد تقتضى منه تلك الظروف أحياناً ألا يتطلب من الوكيل إبراز سند وكالته مطلقاً ، وأن يقتصر في إثبات الوكالة أو في بيان نطاقها أو في الإثبات مما على نظام الوكالة وعلى الشهرة العامة وعلى ما يجري به مألوف العادات في مثل تلك الحالة . وأبرز صورة لذلك صورة الوكالة الدائمة أو المستمرة . كما في حالة الممثلين التجاريين والوكلاء بالمولة والطوائف والجوامين ، وكما في حالة مديري الشركات ومديري الدوائر ومن إليهم ، فإن المحكمة في معاملة هؤلاء تقتضى عدم مطالبهم أصلاً بإبراز سند نيابتهم ، بل إن الاعتناع من تلك المطالبة قد يكون من مستلزمات التجاوة ، وهو ما استقر بالفعل عرفاً في الممارسات مع أمثال هؤلاء الوكلاء » (نظرية الأوضاع الظاهرة ص ١٩٨ - ص ١٩٩) .

ويلحق بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة سوء استخدام الوكيل للوكالة ، أى استغلاله لتحقيق أغراض شخصية . ففى الحالاتين يعمل الوكيل باسم الموكل دون نيابة ، ولكن أثر تصرفه ينصرف مع ذلك إلى الموكل إذا توافرت باقي شروط الوكالة الظاهرة (استئناف مخطط ١٦ يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٩٦ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٩ - عبد الباسط جيمى في نظرية الأوضاع الظاهرة ص ١٨١ - ١٨٥) .

إخطار الموكل سلفاً وتكون الظروف بحيث يغلب معها الظن بأن الموكل
 ما كان إلا ليوافق على مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة (م ٢/٧٠٣ مدني) .
 فإن هذه الحالة كما سبق القول لا تدخل في حالات الوكالة الظاهرة^(١) .
 ولنا أمام الحالة التي يقر فيها الموكل مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة ،
 فإن هذا الإقرار اللاحق يكون كما قدمنا في حكم التوكيل السابق^(٢) .
 ولنا أخيراً أمام الحالة التي يكون فيها الوكيل المجاوز لحدود الوكالة فضولياً .
 فإن أثر تصرفه في هذه الحالة ينصرف إلى الموكل بموجب قواعد الفضالة
 لا بموجب قواعد الوكالة الظاهرة^(٣) . وإنما الحالة التي نحن بصدددها هي حالة
 جاوز فيها الوكيل حدود الوكالة . ولم يكن في ظروف يغلب معها الظن بأن
 الموكل ما كان إلا ليوافق على هذه المجاوزة ، ولم يقر الموكل المجاوزة ،
 ولا يمكن أن تدخل المجاوزة في أعمال الفضولي ، ومن ثم نكون أمام حالة
 وكالة ظاهرة إذا توافرت بقية الشروط^(٤) .

ويعمل الوكيل بعد انتهاء الوكالة ، إذا استمر يعمل وكيلاً باسم الموكل
 بعد أن انتهت مهمته التي وكل فيها ، أو بعد أن مات الموكل أو فقد أهليته أو
 أفلس فانتهت الوكالة بذلك ، أو بعد أن عزله الوكيل أو تنحى هو عن الوكالة ،
 أو بعد أن انتهت الوكالة بأي سبب آخر من أسباب انتهائها^(٥) . وهذه الحالة
 هي أكثر حالات الوكالة الظاهرة وقوعاً ، وبخاصة إذا عمل الوكيل بعد انتهاء
 مهمته^(٦) وبعد عزله أو بعد موت الموكل ، فإنه من السهل في هذه الفروض

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٤٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٠٦ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٠٦ .

(٤) عبد الباسط جيمي في نظرية الأوضاع الظاهرة ص ١٩٠ - ص ١٩٢ .

(٥) دلابول وريير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠١ ص ٩٥٢ .

(٦) ومن التطبيقات الشائعة أن يقتصر الوكيل بالافتراض مبلغاً من شخص ، فتنهى

وكالته بذلك ، ثم يعود إلى افتراض مبلغ آخر بنفس التوكيل من شخص آخر ، ويكون المقرض
 الثاني حسن النية لا يعلم بالقرض الأول . في هذا القرض يكون الموكل ملتزماً بالقرض الأول
 بناء على وكالة حقيقية ، وبالقرض الثاني بناء على وكالة ظاهرة (باريس ٣ مارس سنة ١٨٩٢
 دالوز ٩٢ - ٢ - ٢٦٣ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٠ هامش ٢ - وانظر
 بوتييه فقرة ٨٩) .

أن يتوهم الغير الذى يتعامل مع الوكيل أن الوكالة لا تزال باقية ، فقد يبنى حسد التوكيل بيد الوكيل بعد انتهاء مهمته فيطمئن الغير إليه ، كما يقع كثيراً أن يخفى على الغير أمر عزل الوكيل أو أمر موت الموكل . ومن ثم اختص المشرع هذه الحالة بنص خاص هو المادة ١٠٧ مدنى ، كما ورد فى المشروع التمهيدى فى خصوصها نص آخر هو المادة ٩٩٥ من هذا المشروع وقد حذف فى لجنة المراجعة . وسنعود فيما يلى إلى هذين النصين .

ويعمل الوكيل دون وكالة أصلاً ، إذا تقدم شخص مثلاً بمخالصة من الدائن لقبض الدين ، ويكون قد استولى على هذه المخالصة خلسة ، فيقبض الدين دون أن تكون عنده وكالة أصلاً ، ومع ذلك يعتبر قبضه صحيحاً مبرئاً للجهة المدينة كما تقتضى المادة ٣٣٢ مدنى إذ تقول : « ويعتبر ذا صفة فى استيفاء المدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن »^(١) . ومثل ذلك أيضاً أن يتقدم شخص ببوليصة شحن موقعة من المرسل فيسلم البضاعة ، ويكون قد استولى على بوليصة الشحن بطريق غير مشروع ، أو يتقدم شخص باعتباره محصل شركة التأمين للعميل بإيصال مطبوع موقع عليه من الشركة فيقبض الأقساط المستحقة ، ويكون قد اختلس هذا الإيصال المطبوع . وقد يسمى من أعطى توكيلاً على يياض استعمال التوكيل فيحمل البياض بأمر غير متفق عليه مع الموكل ، فيكون وكيلًا ظاهراً فى هذا الأمر دون أن تكون عنده وكالة أصلاً^(٢) . وإذا استأجر شخص متجراً لاستغلاله فى مقابل أجره معينة يتقاضاها منه صاحب المتجر ، وبقي المستأجر يستعمل أوراق المتجر التى تحمل اسم صاحبه ، فإن التصرفات التى يعقدها المستأجر تلزم صاحب المتجر ، إذ يعتبر المستأجر وكيلًا ظاهراً عنه وإن لم تكن عنده وكالة عنه أصلاً^(٣) .

وفى حكم انعدام الوكالة أن يعمل الوكيل بوكالة باطلة . فإذا وكل شخص شخصاً آخر فى شراء منزل لإدارته للمقامرة أو للمهارة ، وكان الوكيل

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٢٠ .

(٢) انظر أيضاً فقرة ٢٢٢ .

(٣) انظر فى هذا المعنى عبد الباسط جيمى فى نظرية الأوضاع الظاهرة ص ٢٠٨ -

يعلم ذلك ، فإن الوكالة تكون باطلة لعدم مشروعيتها السبب . ومع ذلك إذا اشترى الوكيل المنزل بموجب هذه الوكالة الباطلة ، وكان البائع لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب غير المشروع ، فإنه يستطيع أن يلزم الموكل بالبائع . وكالوكالة الباطلة الوكالة القابلة للإبطال . فإذا أعطى القاصر توكيلاً لشخص ، أو كان الموكل في إعطائه التوكيل واقعاً في غلط جوهري أو كان مدلساً عليه أو مكرها ، وعمل الوكيل بموجب هذه الوكالة ، وكان المتعامل معه يجهل أن الوكالة قابلة للإبطال ، فإن أثر تصرف الوكيل ينصرف إلى الموكل ، حتى لو حصل هذا على حكم بإبطال الوكالة^(١) .

وعبء إثبات هذا الشرط الأول ، وهو أن الوكيل يعمل باسم الموكل دون نيابة ، يقع على الموكل . إذ المفروض أن الوكيل عندما يعمل باسم الموكل يكون نائباً عنه في التصرف الذي يبرمه ، فإذا أراد الموكل أن يتصل من هذا التصرف ، فعليه أن يثبت انعدام نيابة الوكيل^(٢) .

(الشرط الثاني) أن يكون الغير الذي يتعامل مع الوكيل حسن النية يعتقد أن الوكيل نائب : ويجب بداهة أن يكون الغير الذي يتعامل مع الوكيل حسن النية ، إذ لو كان يعلم بانعدام نيابة الوكيل وأقدم مع ذلك على التعاقد معه ، كان عليه أن يتحمل تبعه ذلك ، وليس له أن يحتج على الموكل بالتصرف الذي عقده مع الوكيل . وقد يكون إقدامه على التعاقد آتياً من أنه حصل على تعهد من الوكيل يجعل الموكل يقر التصرف ، وفي هذا الفرض أيضاً لا يلزم الموكل بالتصرف إذا لم يقره ، وإنما يرجع الغير على الوكيل بالتعويض ، ولما كان المفروض أن الغير يثبت من نيابة الوكيل قبل أن يتعاقد معه ، وله في سبيل ذلك الاطلاع على سند وكالته^(٣) ، فافترض أنه علم بانعدام نيابة

(١) انظر آتفاً فقرة ٢٢٧ (ويجب أن يكون الموكل أهلاً وقت إبرام التصرف) وقر

٢٢٨ وفترة ٢٣١ .

(٢) انظر في حالات الإنابة الظاهرة في تقنين الالتزامات. السويسري ، وفي القانو

الإنجليزي حيث يطلق على النيابة المبنية على الوكالة الظاهرة عبارة "agency by estoppel" وفي مشروع تنقيح التقنين المدني الفرنسي : مجال مرسى بدر في النيابة في التصرفات القانو

ص ١٤٣ - ص ١٤٩ .

(٣) انظر آتفاً فقرة ٣٠٥ .

الوكيل قبل انعقاد دمه افتراض معقول ، ويرتب عليه أن الغير لا الموكل هو الذى يحمل عبء الإثبات . ويجب عليه أن يثبت حسن نيته ، وأنه عندما تعاقد مع الوكيل كان يجهل انعدام نيابته ، وذلك بالرغم من أنه كان يستطيع التثبت من ذلك قبل التعاقد^(١) . ويطلب أن يستعين الغير فى إثبات حسن نيته بإثبات المظهر الخارجى المنسوب إلى الموكل ، وهو المظهر الذى أوهم الغير أن الوكيل نائب ، وسرى أن هذا هو الشرط الثالث فى قيام الوكالة الظاهرة وأنه شرط يقع على الغير عبء إثباته . فإذا ما أثبت الغير هذا المظهر الخارجى ، أثبت فى الوقت ذاته أنه غير مقصر فى الانسياق وراء هذا المظهر ، بل اتخذ من الاحتياطات ما يتخذه الشخص المعتاد فى الظروف التى تم فيها التعاقد مع الوكيل ابتعت من أن هذا المظهر يطابق الواقع ، فقد تم له بذلك إثبات حسن نيته .

وإذا كان واجباً أن يكون الغير الذى يتعامل مع الوكيل حسن النية ، فليس واجباً أن يكون الوكيل نفسه حسن النية . فقد يكون مسمى النية ، يعلم أنه يجاوز حدود وكالة أو أن وكالته قد انقضت أو ليست موجودة أصلاً أو هى باطلة أو قابلة للإبطال ، ومع ذلك ينصرف أثر التصرف الذى عقده مع الغير إلى الموكل ، مادام هذا الغير حسن النية وتوافرت باقى شروط الوكالة الظاهرة^(٢) . وقد كان المشروع التمهيدى للتفتين المبنى يتضمن نصاً يؤكد هذا المعنى ، فكانت المادة ٩٩٥ من هذا المشروع تنص على أنه : ١٠ - تعتبر الوكالة قائمة فى جانب الوكيل ، حتى لو كانت قد انتهت ، مادام لا يعلم بانتهائها ٢٠ - ولا يجوز الاحتجاج بانتهاء الوكالة على الغير لحسن النية الذين تعاقدوا مع الوكيل قبل علمهم بانتهائها^(٣) . وهذا

(١) بودوى وقال فى الوكالة فقرة ٨٦٩ - وقارن عبد الباسط بخيى فى نظرية الأوضاع الظاهرة ص ١٦٠ وص ٢٢٣ .

(٢) بودوى وقال فى الوكالة فقرة ٨٦٨ .

(٣) وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة دون أن يذكر سبب حذفه (مجموعة الأعمال التفسيرية ص ٢٣٣ - ص ٢٣٤ فى المداخ) ، ويطلب أن يكون ذلك راجعاً إلى الاكتفاء بالتواعد العامة .

وكان نص المحفوظ مقابل فى التفتين المبنى القديم ، إذ كانت المادة ٥٢٠ / ٦٥١ من هذا التفتين تنص على ما يأتى : « موت الموكل أو عزل الوكيل لا يجوز الاحتجاج به على الغير إذا لم يكن عالماً به » . وهذا النص صريح فى تطبيق نظرية الوكالة الظاهرة .

النص يعرض لفرضين مستقلين أحدهما عن الآخر ، وإن كان كلاهما يتعلق بانتهاء الوكالة . ففي الفقرة الأولى ، وهي خاصة بعلاقة الموكل بالوكيل ، يعرض لما إذا كان الوكيل لا يعلم بانتهاء وكالته ، كأن عزل ولا يعلم بالعزل أو مات الموكل ولا يعلم بموته ، فإن وكالته تبقى قائمة ، بحيث لو تعاقد مع الغير حسن النية فأنصرف أثر التعاقد إلى الموكل لم يجوز لهذا الأخير أن يرجع عليه بالتعويض . أما إذا تعاقد وهو حسن النية مع شخص يعلم بانتهاء الوكالة ، فإن أثر التصرف لا ينصرف إلى الموكل لسوء نية الغير فقد كان يعلم بانتهاء الوكالة ، ومن ثم لا يكون هناك محل لرجوع الموكل على الوكيل بالتعويض ، لا فنجسب لأن هذا الأخير حسن النية ، بل أيضاً لأن التصرف الذي عقده لم ينصرف أثره إلى الموكل . وتعرض الفقرة الثانية من المادة ٩٩٥ من المشروع التمهيدى ، وهي خاصة بعلاقة الموكل بالغير ، لما إذا كان الغير الذي تعاقد مع الوكيل حسن النية لا يعلم بانتهاء الوكالة . ففي هذا الفرض ينصرف أثر التصرف للموكل ، سواء كان الوكيل حسن النية أو سيئ النية ، لأن النص عام لم يفرق ، ويعتبر هذا تطبيقاً بارزاً من تطبيقات الوكالة الظاهرة . ومن هنا نرى أن أن حسن نية الوكيل لا يشترط ، كما اشترط حسن نية الغير الذى يتعامل مع الوكيل ، لقيام الوكالة الظاهرة^(١).

== وتنص المادة ٩٤٨ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي : « لا ينجح انتهاء الوكالة على الغير الحسن النية الذى تعاقد مع الوكيل قبل طمعه بانتهاءها » .

وتنص المادة ٨١٣ من تقنين الموجبات والمقود البناني على ما يأتي : « إن العزل من الوكالة كلها أو بعضها لا يكون نافذاً في حق شخص ثالث حسن النية إذا عاقد الوكيل قبل أن يعلم بعزله . على أنه يبقى للموكل حق الرجوع على وكيله » .

(١) ويؤكد ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد المادة ٩٩٥ المشار إليها ، إذ جاء ما يأتي : « على أنه مهما كان السبب في انتهاء الوكالة ، فإدام الوكيل لا يعلم بانتهاءها فهي قائمة حتى يعلم ، كما إذا عزل الموكل الوكيل ولم يتطهر بذلك ، أو مات الموكل ولم يعلم الوكيل بموته . . كذلك لو علم الوكيل بانتهاء الوكالة ولكن الغير لم يعلم ، فإن الغير يستطيع أن يتسلط بالوكالة كما لو كانت لم تنقضى » (مجموعة الأعمال التحضيرية « ص ٢٣٥) . كذلك جاء في المذكرة الإيضاحية في صدد المادة ٧١٣ مدني نفس هذا المعنى فيما يأتي : « وتعتبر المسألة لو أن (أ) تعاقد مع (ب) باسم (ج) ، وكان معه تفويض عنه لم يتجاوز حدوده ، ولكن التعاقد كان بعد انقضاء التفويض ، ولم يكن (ب) يعلم بانقضائه . ذلك لأن (ب) في هذه الحالة لم يكن يستطيع العلم بانعدام الوكالة كما كان يستطيع في الحالة الأولى . فهو معذور إذا تعاقد مع (أ) باعتباره وكيلاً ، ويرتبط (ج) بهذا المقدار كما لو كانت الوكالة لم تنقضى ، ويرجع (ج) على (أ) بالتعويض إذا كان يعلم بانقضاء الوكالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية « ص ٢٢٨) .

وتحبل تنادة ٧٢٣ مدني المتقدم ذكرها^(١) في هذا الصدد إلى المادة ١٠٧ مدني . وتنص هذه المادة الأخيرة على أنه « إذا كان النائب ومن تعاقد معه مجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذي يبرمه ، حقاً كان كان أو التزاماً ، يضاف إلى الأصل أو خلفائه » . ويوهم هذا النص أنه يشترط لقيام الوكالة الظاهرة ، وإضافة أثر العقد الذي يبرمه الوكيل بعد انتهاء الوكالة إلى الموكل ، أن يكون كل من الوكيل والغير الذي تعاقد معه حسن النية لا يعلم بانتهاء الوكالة ، أي أنه يشترط لقيام الوكالة الظاهرة ، لافحسب حسن نية الغير الذي تعاقد مع الوكيل ، بل أيضاً حسن نية الوكيل . والصحيح أن النص لا يعرض لحالة الوكالة الظاهرة ، بل يعرض لحالة ما إذا كان النائب حسن النية لا يعلم بانقضاء نيابته ، فيقرر أن أثر تصرفه ينصرف إلى الأصل ، ولكنه يشترط لذلك أن يكون الغير الذي تعاقد معه حسن النية ، إذ لو كان الغير سيء النية لما شفع في سوء نيته حسن نية النائب . ويظهر هذا المعنى في وضوح إذا رجعنا للمشروع التمهيدي لنص المادة ١٠٧ مدني ، فهو يقول : « مادام النائب لم يعلم بانقضاء نيابته ، فإن أثر العقد الذي يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً ، ينصرف إلى الأصل وخلفائه كما لو كانت النيابة لا تزال باقية » ، هذا إذا كان الغير الذي تعاقد معه النائب . مجهل أيضاً أن النيابة قد انقضت . فعدلت لجنة مجلس الشيوخ هذا النص ، فأصبح على الوجه الذي نراه في المادة ١٠٧ مدني ، وصار بذلك غامضاً يوقع في الوهم الذي أشرنا إليه ، وإن كانت لجنة مجلس الشيوخ قد ذكرت أنها عدلت النص « حتى يكون المعنى أوضح دون مساس بمجوهر الحكم »^(٢) . فالنص ، على الوجه الذي عدل به في مجلس الشيوخ ، يشترط حسن نية كل من الوكيل والغير الذي تعاقد معه ، فيكون فيه تزيد إذ للصحيح أنه لا يشترط إلا حسن نية الغير الذي تعاقد الوكيل معه^(٣) .

(١) انظر آتفاً فقرة ٢٩٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٢ - ص ١٠٤ - وانظر الوسيط ٢ فقرة ٨٨ ص ١٩٧ وحاشي ١ .

(٣) انظر في هذا المعنى عبد الباسط جيمي في نظرية الأوضاع الظاهرة ص ٢٧١ - ٢٧٨ (ويورد حجماً مصلة لقول بأن المادة ١٠٧ مدني إنما تنصرف إلى علاقة الوكيل بالموكل ، ولا تعرض لحالة الوكالة الظاهرة) . وقارن جمال بمرسي بدر في النيابة في التصرفات القانونية -

(الشرط الثالث) أن يقوم مظهر خارجي الوكالة منسوب إلى الموكل : ولا يكفي حسن نية الغير الذي يتعامل مع الوكيل كما قلنا ، بل يجب أن يقوم حسن النية هذا على أساس مظهر خارجي للوكالة صادر من الموكل ويكون من شأنه أن يجعل الغير معذوراً في اعتقاده أن هنالك وكالة قائمة . وهذا الشرط الثالث هو الذي يميز الوكالة الظاهرة ، ويحدد الأساس القانوني الذي تقوم عليه . ففي حالة مجاوزة الوكيل حدود الوكالة ، يشفع للغير في حسن نيته أن تكون الوكالة فعلاً غامضة العارة تحتل التفسير الذي ذهب إليه الوكيل فجاوز به حدود الوكالة ، أو أن تكون هناك تحفظات أو اتفاقات سرية لا يعلم بها الغير^(١) ، أو أن يكون مدير الشركة الذي جاوز حدود اختصاصه إنما باشر في الواقع عملاً يدخل في المألوف من اختصاصات مديري الشركات فلم يجد الغير الذي تعامل معه ما يدعو إلى مزيد من التحري والتثبت^(٢) .

== ص ١٤٦ - ص ١٤٧ . وانظر عكس ذلك وأنه يشترط إلى جانب حسن نية الغير حسن نية الوكيل محمد علي عرقه ص ٤١٩ .

وتنص المادة ٨١٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي : « إن الأعمال التي يجريها الوكيل باسم الموكل قبل أن يعلم بوفاته أو بأحد الأسباب التي أدت إلى انتهاء الوكالة تمتد حصية ، بشرط أن يكون الشخص الثالث الذي تعاقد معه جاهلاً أيضاً بهذا السبب » .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة في هذا المعنى بأن مندوب شركة التأمين يلزم الشركة بتصرفاته المتعلقة بالأعمال التي فوض فيها ، ولا يجوز الاحتجاج على الغير بأي تغيير في وكالة من الشركة لم يصل إلى علم هذا الغير (استئناف مخطط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ص ٣٥ - ٤٧) وانظر أيضاً : استئناف مخطط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ م ص ٥١ - ٢٦١ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٠ م ص ٥٢ - ١٥٧ - ٧ مايو سنة ١٩٤١ م ص ٥٣ - ١٦٦ - ١٧ مارس سنة ١٩٤٣ م ص ٥٥ - ٧٢ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٣ م ص ٥٦ - ٥ - نقض فرنسي ١٤ يونيو سنة ١٨٧٥ سيرة ٧٥ - ١ - ٣٦٨ - ٢١ مارس سنة ١٩١٠ سيرة ١٩١٣ - ١ - ٢٩٧ - ١٤ يناير سنة ١٩٢٠ سيرة ١٩٢٠ - ١ - ٢٧٢ - الجزائر ٧ يونيو سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠١ - ٢ - ١٨١ - ١٢ مارس سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٤٥ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٨١ - بلانيول وريير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص ٩٥٠ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأن التصرف الذي يجريه الوكيل مجاوزاً فيه حدود الوكالة لا يلزم الموكل ، ويستثنى من ذلك أن يكون الموكل قد أصلى الوكيل سلطات ظاهرة من شأنها أن تضلل الغير حسن النية . فإذا أصدرت شركة أجنبية منشوراً تعلن فيه أنها اعتادت وكلاءها مدير فرعا في الإسكندرية ، ونقلت في المنشور نموذجاً من توقيعه ، دون أن تشير إلى القيود التي حددت بها سلطات هذا الوكيل الدائم ، كان للغير الذي يتعامل مع هذا الوكيل الحق ==

وفي حالة انتهاء الوكالة يكون سبب انتهائها أمراً يحق على الناس قضي على الغير الذى تعامل مع الوكيل ، ولم يتخذ الموكل الاحتياطات الكافية ، لإعلان انتهاء الوكالة . مثل ذلك أن تنتهى الوكالة بعزل الوكيل ولا يعلن الموكل عن عزله إعلاناً كافياً ليحذر الناس من التعامل معه ، أو أن تنتهى الوكالة بموت الموكل ولا تنشر الورثة خبر موته ، أو أن تنتهى الوكالة بانتهاء المهمة التى فوض فيها الوكيل ولا يسترد منه الموكل سند التوكيل^(١) . وفي حالة انعدام الوكالة أصلاً يجب أن يكون هناك مظهر خارجي لها ، كالتوكيل الذى يعطيه الموكل على يابض للوكيل فيملأ هذا الأخير اليابض بما يخالف المتفق عليه مع الموكل ، والمخالصة الصادرة من الدائن فتقع في يد من يتقدم لقبض الدين بموجبها ، ومثل المخالصة بوليصة الشحن أو الإيصال المطبوع الذى يتقدم به الوكيل الظاهر

« في الاعتماد على أن يكون الوكيل السلطات المألوفة لمثل الشركات ، وليس عليه أن يتحرى بأكثر من ذلك من مدى هذه السلطات (استئناف مخطط ٦ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٥) . وفي قضية جاوز فيها الوكيل العام لشركة أجنبية سلطاته قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كانت السلطات الممنوحة للوكيل بمقتضى هذه الوكالة هي سلطات واسعة من شأنها وبطبيعتها أن تجعل الغير من يتعاملون بحسن نية بدخول هذه الأعمال نطاق وكالته ، فإن من حقهم أن يمولوا على هذه المظاهر دون أن يكتفوا بالتحقق أولاً من مدى سلطاته التوكيلية ، وعلى وجه خاص يحق هؤلاء الغير أن يتصرفوا بنفاذ مثل هذا التصرف في حق الموكل (استئناف مصر ١٨ فبراير سنة ١٩٥٥ التتبع والقضاء ٧ رقم ٣٢ ص ١٥٥ مع تعليق الأستاذ جمال مرسى بدر) .

وانظر نقض فرنسي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٩ دالورز الأسبوعي ١٩٣٠ - ٦٨ - هواتيه ٩ مايو سنة ١٩٢٨ جازيت دي پاليه ١٩٢٨ - ٢ - ١٠٩ - بودرى وقال في الوكالة نفرة ٧٨٠ ص ٤١٥ - بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ نفرة ١٥٠٠ ص ٩٥٠ .

(١) استئناف مخطط ٢٢ أبريل سنة ١٩٨٩ م ٩ ص ٢٨٦ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع المهيئ في صدد احتفاظ النائب بتمت نيابته بعد انقضاء ما يأتي : « فإذا احتفظ النائب بتمت نيابته بعد انقضاءها ، كان لمن تماقت معه بناء على ثقته في هذا المستحق التمسك بالنيابة . ويستوى في هذه الحالة أن يكون النائب عالماً وقت المقد بانقضاء نيابته أو أن يكون جاهلاً بهله الواقعة . وقد لوحظ في تقرير هذه القواعد مامو ملحوظ من خطأ الأصل في عدم يجب السند من النائب بعد انقضاء النيابة مباشرة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٢ - ص ١٠٣) .

ويلاحظ أن استرداد سند التوكيل قد لا يكون مجدياً في بعض الحالات ، فلا يمنع من قيام الوكالة الظاهرة . مثل ذلك أن يكون الغير قد اطلع على سند التوكيل وأخذ في معاملة مستمرة مع الوكيل على أساس ، أو أن تكون الظروف بحيث لا تقضى على الغير بمطالبة الوكيل بإبراز سند التوكيل كلما تماقت معه كما في حالة مدير بنك أو شركة (عبد الباسط بجي في نظرية الأوضاع الظاهرة ص ١٦١ - ص ١٦٢) .

لتسلم البضاعة^(١). أو لتحصيل القوائم والأقساط المستحقة . وفي حالة الوكالة الباطلة أو القابلة للإبطال ، يكون سند التوكيل مظهراً خارجياً لها ، إذ لا يستطيع الغير الذي يتعامل مع الوكيل أن يتيقن من الاطلاع على هذا السند أسباب البطلان أو القابلة للإبطال^(٢) .

ويبين مما تقدم أن المظهر الخارجي الذي ضلل الغير هو مظهر منسوب إلى الموكل ، بتقصير منه أو دون تقصير مادام هو الذي تسبب فيه . ويقع على الغير الذي تعاقد مع الوكيل عبء إثبات وجود هذا المظهر المضلل^(٣) ، وأنه مظهر من شأنه أن يجعله مطمئناً إلى قيام الوكالة . فيجب إذن أن يكون هذا المظهر متناسباً مع قيمة التصرف الذي عقده الغير مع الوكيل . فإذا كانت قيمة التصرف كبيرة ، كان هذا مدعاة إلى مزيد من التحوط ، واتخاذ ما يتخذونه الشخص المعتاد في هذه الظروف من الوسائل للتثبت من قيام الوكالة . فإذا كان الغير لم يفعل كان مقصراً ، وكان المظهر الذي اعتمد عليه غير كاف لقيام الوكالة الظاهرة^(٤) . أما إذا كان المظهر الخارجي كافياً لتضليل الغير ،

(١) نقض فرنسي ٢٤ يونيو سنة ١٩٠١ - ١٩٠٣ - ١ - ٢٣٩ (تقدم إلى شركة للسكك الحديدية أين المرسل إليه ومعه كتاب من والده زور فيه توقيع يوكله في تسلم البضاعة : انظر تعليق ديموج على هذا الحكم مستقداً إيابه في المجلة الفصلية لقانون المدني سنة ١٩٠٣ ص ٦٥٧ ، وانظر في انتقاد الحكم أيضاً جال مرسى بدر في النياية في التصرفات القانونية ص ١٤٢ - ص ١٤٣) .
(٢) وتنص المادة ٤ من المشروع الموحد للمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما ، في خصوص النياية الظاهرة ، على ما يأتي : « كتبت صفة النياية لشخص عن آخر ، متى وجد الأول يرشاه الثاني في وضع من شأنه ، بمقتضى القانون أو المادات ، أن تكون له مكتة التصرف باسم ذلك الشخص الآخر » . انظر جال مرسى بدر في دراسات في النظرية العامة للنياية حول مشروع المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص فقرة ٢٠ ، حيث أورد النص على النحو المتقدم وانتقده لأنه « أقل الإشارة إلى العنصر الشخصي لقاعدة الإثابة الظاهرة ألا وهو حسن نية الغير المتعامل مع النائب وهو عنصر أساسي لا بد من وجوده ، لتوفر النياية الظاهرة » - وانظر في التمييز بين الإثابة الظاهرة والإثابة الضمنية المرجع السابق فقرة ٢١ ونظرية النياية في التصرفات القانونية لنسب ألنولت ص ١٤٢ هامش ١ - ليوتيه (Léauté) في الوكالة الظاهرة في علاقتها بالنظرية العامة للأوضاع الظاهرة في المجلة الفصلية لقانون المدني سنة ١٩٤٧ ص ٢٩٦ .

(٣) بلانيول وريبير وسافيتيه ١١ فقرة ١٥١ ص ٥٩٢ .

(٤) انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وسافيتيه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص ٩٥١ - جدي الباسط جيجي في نظرية الأوضاع الظاهرة ص ١٦٤ - ص ١٦٥ : ويستعين بفكرة النطق الشائع فتقول في هذا السند : « والحق أن الأمر لا يرتد إلى المسؤولية ولا يرجع إلى الإثبات ، بل يمتلئ بفكرة »

بأن أثبت هذا أنه بالرغم من اتخاذ الاحتياطات الواجبة فإن هذا المظهر من شأنه أن يحدده^(١) ، فإنه يكون بذلك قد أثبت في الوقت ذاته حسن نيته كما سبق القول .

٣٠٧ - الأثر الذي يترتب على قيام الوكالة الظاهرة : فإذا توافرت الشروط سالفة الذكر وقامت الوكالة الظاهرة ، فإنه يترتب على قيامها ما يترتب على قيام الوكالة الحقيقية فيما بين الموكل والغير . ويعتبر الوكيل الظاهر في تعامله مع الغير باسم الموكل نائباً عنه ، وينصرف أثر التصرف الذي عقده مع الغير من حقوق والزامات إلى الموكل ، كما لو كانت هناك وكالة حقيقية^(٢) . وهنا نرى مثلاً آخر من الأمثلة التي تقوم فيها النيابة دون أن تقوم الوكالة^(٣) .

على أنه في العلاقة فيما بين الموكل والوكيل الظاهر ، يجب التمييز بين ما إذا كان هذا الوكيل حسن النية أو سيئها . فإذا كان حسن النية ، وكان يعتقد مثلاً أنه يعمل في حدود الوكالة وقد جاوز هذه الحدود ، أو بوكالة صحيحة ، وكانت الوكالة باطلة ، لم يرجع الموكل على الوكيل بالتعويض من جراء ذلك^(٤) .

١ - تلطظ الشارع . وهي من ناحية إيجابية ، فينبغي على الغير الذي تعامل مع الوكيل الظاهر في حالته إيجابياً . وهي من ناحية أخرى تنطوي على فكرة انتفاء الخطأ أو الإهمال من جانب الغير ، وقد يكون فيها أيضاً عنصر الخطأ من جانب الأصل إذا كان مظهر الوكالة قد نشأ بتقصيره أو إهماله . ففكرة التلطظ الشارع إذن جامعة لهذه المعاني جميعاً ، ومستقلة عن فكرة حسن النية أي مجرد الجعل بحقيقة الواقع ، أو سوء النية أي العلم للفعل بالحقيقة . وبذلك يبرر دفع الحماية عن الغير إذا ما وجه شك في الأمر : لأن الشك وإن كان لا يثبت حسن النية ، إلا أنه يوجب عند الرجل الحريص الحازم الاستزادة من الاستقصاء لتتحرى عن حقيقة الواقع . فإن قعد الغير (المتعامل مع الوكيل الظاهر) من المعنى في البحث واكتفى بجهد أدنى من ذلك ، كان مقصراً ، وانتهى بتقصيره التلطظ للشارع ، لأنه في هذه الحالة يكون قد جهد عن جهده الرجل الحريص الحازم . وانظر أيضاً نفس المرجع ص ١٩٧ وص ٢٠٧ .

(١) ويقاس ذلك بمقياس موضوعي لا بمقياس ذاتي ، فيكون المظهر من شأنه أن يحدّد الشخص المتباد ، لا أن يحدّد الغير بالذات الذي تعامله مع الوكيل .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٠٥ .

(٣) وحتى عن البيان أن انصراف أثر التصرف إلى الموكل هو حق لغير حسن النية لا واجب عليه ، وهو مقرر لمصلحة ، فلذلك قيل عنه فلا ينصرف أثر التصرف إلى الموكل (بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٧١ مكررة) .

(٤) أما إذا قام سبب من أسباب انتهاء الوكالة دون أن يعلم به الوكيل ، فإن الوكالة تبقى قائمة ، وتكون وكالة حقيقية لا وكالة ظاهرة (انظر ما يلي فقرة ٣٢٤ تالياً) .

أما إذا كان الوكيل الظاهر مبيح النية ، وكان يعلم أن الوكالة غير قائمة ومع ذلك أقدم على التعاقد مع الغير ، فإنه يكون قد ارتكب خطأ في حق الموكل يستوجب مسئوليته التقصيرية ، ومن ثم يرجع الموكل عليه بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء انصراف أثر التصرف الذي عقده الوكيل مع الغير إليه^(١).

٣٠٨ - أساس القانوني الذي تقوم عليه الوكالة الظاهرة : يرى أن نين على أي أساس قانوني تقوم الوكالة الظاهرة ، وكيف نستمع منها ، مع أنها غير موجودة ، النيابة في العلاقة ما بين الموكل والغير . وقد تشعبت الآراء في تحديد هذا الأساس القانوني ، فبعض يقيم الوكالة الظاهرة على أساس المسئولية الميئنة على الخطأ ، وفريق ثانٍ يقيمها على أساس تحمل التبعة ، وفريق ثالث يقيمها على أساس المسئولية عن أعمال الوكيل^(٢).

فالذين يأخذون بالمسئولية الميئنة على الخطأ يقولون إن الموكل قد أخطأ في خلق المظهر الخارجي للوكالة الذي اتخذ به الغير ، فهو مثلاً لم يتردد عند التوكيل بعد انتهاء الوكالة^(٣) ، أو زود الوكيل بتوكيل على يياض^(٤) . أو

(١) بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص ٩٥١ وفقرة ١٥٠١ ص ٩٥٣ - ييدان ١٢ فقرة ٣٣٠ .

(٢) انظر عرضاً مفصلاً لهذه الآراء المختلفة في نظرية الأوضاع الظاهرة للأستاذ عبد الباسط جمعي ص ٢١١ - ص ٢١٦ - وهناك آراء أخرى أشير إليها في هذه الرسالة ، منها الفضالة والصورية وحسن النية والمبدأ القاضى بأن الخطأ الشائع يولد الحق وفكرة الاستقرار الحركي وعدم خروج التصرف عن حدود المألوف (انظر ص ٢١٦ - ص ٢٢١ من نفس المرجع - وانظر جيرو في المظهر كصدر للمسئولية رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ ص ٨٠ وما بعدها ص ١٣٠ وما بعدها ص ١٤٨ وما بعدها) . وانظر رجال مرسى بدر في النيابة في التصرفات القانونية ص ١٥٠ - ص ١٥١ .

(٣) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٧١ - نقض فرلنسى ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٤٦٤ .

(٤) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٧٨٢ ص ٤١٦ - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص ٩٤٩ - نقض فرنسى ١٣ فبراير سنة ١٨٨٣ دالوز ٨٤ - ١ - ٨٠ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٤٦٤ - مونجليه ٤ مايو سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٤٩ - ٢٦ مختصر .

بتوكيل غير محدد يمكن أن يساء استعماله^(١) ، أو صاغ التوكيل في عبارات عامة غامضة^(٢) ، أو أهمل مراقبة وكيله في تنفيذه للوكالة^(٣) ، أو أساء اختيار الوكيل^(٤) ، أو بوجه عام أعطى للغير الذي تعامل مع الوكيل فكرة خاطئة عن مدى حدود الوكالة^(٥) . وهذا الخطأ يستوجب تعويض الغير ، وخير تعويض هو التعويض العيني ، فينصرف أثر التصرف الذي عقده الوكيل الظاهر مع الغير إلى الموكل^(٦) . ويؤخذ على هذا الرأي أنه لا يمكن القول دائماً إن هناك خطأ في جانب الموكل ، فقد لا يرتكب أى خطأ ومع ذلك يلتزم بتصرف الوكيل الظاهر ، كما إذا اختلس هذا الأخير المخالصة بالدين أو بوليصة الشحن وقبض الدين أو تسلم البضاعة .

ومن ثم ذهب الفريق الثاني إلى الأخذ بتحمل التبعة ، فالموكل يتحمل تبعة نشاط الوكيل كما يستفيد من هذا النشاط ، والغرم بالغنم^(٧) . ولو كان هذا صحيحاً على إطلاقه ، لما رجع الموكل على الوكيل سبب التبعة بالتعويض ، مادام أنه يتحمل تبعة نشاطه .

وهذا ما دعا الفريق الثالث إلى القول بمسؤولية الموكل نحو الغير عن أعمال الوكيل^(٨) ، ومن ثم ينصرف أثر المتصرف إليه ، ثم يرجع على الوكيل

(١) مثل ذلك أن يكون التوكيل في اقراض مبلغ معين دون تعيين شخص المقرض ، انظر نص الوكيل بموجب هذا التوكيل المبلغ مرتين من مقرضين مختلفين (برتبيه في الوكالة فقرة ٨٩-جودوى رفال في الوكالة فقرة ٧٨٠ ص ٤١٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص ٩٥١ - باريس ٥ مارس سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢-٢-٢٦٣ ؛

(٢) نقض فرنسي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٥ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ٨١ - باريس

١٦ يناير سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٨ - ٢٧٩ .

(٣) نقض فرنسي ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ جازيت دي پاليه ١٩٠٥ - ٢ - ٢٥٢ .

(٤) نقض فرنسي ١٤ يناير سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ - ١ - ٢٧٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص ٩٥١ .

(٥) باريس ١١ يناير سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٨ - ٢٧٩ وقد سبقته الإشارة إليه .

(٦) بودوى وقال في الوكالة فقرة ٧٨٠ - بيدان ١٢ فقرة ٣٢٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص ٩٥٠ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ *Mandat* فقرة ٢٥٠ - فقرة ٣٥٢ .

(٧) ديموج في الالتزامات ١ فقرة ١٣٨ ص ٢٣١ و ٣ فقرة ٣٣٧ ص ٥٣٦ .

(٨) ليوثيه في الوكالة الظاهرة في علاقتها بالنظرية العامة للأوضاع الظاهرة في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٤٧ ص ٢٠٣ - وقد قصت بحكمة الاستثناءات الخطئة بأن الأصل ألا يلتزم -

بالتعويض . ولكن هذا الرأي يفترض أن الوكيل الظاهر يرتكب دائماً خطأ حتى يكون الموكل مسئولاً عنه ، وقد رأينا أنه قد يكون حسن النية لم يرتكب أي خطأ ومع ذلك ينصرف أثر تعاقد مع الغير إلى الموكل^(١) .

وقد أسس بعض الفقهاء الوكالة الظاهرة على المظهر ، لأن إلزام الموكل بعمل وكيله الظاهر إنما يرجع إلى أن قيام مظهر الوكالة من الناحية الواقعية ، رغم مخالفة ذلك للحقيقة ، ينبغي أن تتولد عنه بالنسبة إلى الغير الحسن النية نفس الآثار التي كانت تتولد عن الوكالة الحقيقية ، إذا كان هذا المظهر من الحسامة بحيث لا يتسنى للغير أن يعلم بعدم مطابقتها للحقيقة^(٢) . ونضيف إلى ذلك أن هذا المظهر الخارجي الخاطئ الذي أحدثه الموكل - سواء بتقصير منه أو بغير تقصير فهو على كل حال منسوب إليه فعليه أن يتحمل تبعته - يرمى القانون على أساسه نيابة يضيفها على الوكيل الظاهر ، فينصرف أثر تعاقد مع الغير إلى الموكل بحكم هذه النيابة . ويرر ذلك أن الغير كان حسن النية ، وهو فوق ذلك لم يكن مقصراً في استطلاع الحقيقة بل اتخذ بمظهر الوكالة الخارجي دون أن يرتكب خطأ ، فأثره القانون بالحماية على الموكل الذي ينسب إليه هذا المظهر الخلداع ، وذق حتى يستقر التعامل . هذه الاعتبارات جميعاً هي التي تشع في أن يجعل القانون الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل ، فالنيابة هنا نيابة قانونية^(٣) ، وقد قامت دون أن تقوم الوكالة . إذ الوكالة الظاهرة وكالة غير موجودة .

= الموكل بأعمال موكله التي تجاوزها حدود الوكالة، ويستثنى من ذلك ما إذا كان الموكل قد جعل الغير ينفذ أن الوكيل سلطة في القيام بهذه الأعمال . ولا يكفي أن يؤكد الوكيل تأكيداً غير صحيح أن له هذه السلطة ، حتى يكون الموكل مسئولاً عن خطأ الوكيل الذي اختاره (استئناف مخطوط ١٧ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٦) .

(١) وحتى لو ارتكب الوكيل خطأ ، فنرى أن الأصل ألا يكون الموكل مسئولاً عن الخطأ الذي ارتكبه وكيله إلا في حدود ضيقة (انظر ما يلى فقرة ٣٠٩) .

(٢) عبد الباسط جيمي في نظرية الأضرار الظاهرة ص ٢٢٢ - ٢٢٣ - وانظر أيضاً في هذا المعنى ثلاثيه في العقود لحساب الغير ص ٨٠ .

(٣) وقد رأينا أن هذه النيابة القانونية في الوكالة الظاهرة تقوم في بعض تطبيقاتها على نصوص صريحة في القانون ، فقد نصت المادة ٣٣٢ مدع على أن « يكون الوفاء للعائن أولئك . ويعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للبنين مخالصة صادرة من اللذان . . . » وكان المشروع التمسلي يتضمن نصاً عاماً في الوكالة الظاهرة في أهم تطبيقاتها، في حالة ما إذا قامت هذه الوكالة =

٣٠٩ - مسؤولية الموكل نحو الغير عن خطأ وكيله : يبيّن ، في علاقة الموكل بالغير ، أن نين إلى أى حد يكون الموكل مسئولاً نحو الغير عن خطأ وكيله .

والأصل أن الموكل لا يكون مسئولاً عن الخطأ الذي ارتكبه وكيله ، فإن الوكيل إذا كان ينوب عن الموكل في التعاقد مع الغير فيلزمه بهذا التعاقد ، فإنه لا ينوب عنه في الخطأ الذي يرتكبه هو فيلزمه بهذا الخطأ^(١) . فإذا ارتكب

= بعد انتهاء الوكالة الحقيقية ، فكانت المادة ٢/١٩٩٥ من هذا المشروع تنص كما رأينا على ما يأتي :
« ولا يجوز الاحتجاج بانتهاء الوكالة على التبر الحسنيّ التيّة الذين تعاقدوا مع الوكيل قبل علمهم بانتهاءها » (انظر أنفاً فقرة ٣٠٦ الشرط الثاني - وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٢٣٣ - ص ٢٣٤ في الحامش) . وإذا كان هذا للنص قد حلف في لجنة المراجعة ، فإن ذلك يرجع إلى أن القاعدة العامة في الوكالة الظاهرة - وهي قاعدة لها قوة القانون - تنفي عنه ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك (انظر أنفاً فقرة ٣٠٦ الشرط الثاني في الحامش) .
وإذا اعتبرنا أن الوكالة الظاهرة هي نفسها تطبيقاً لنظرية أهم . وهي نظرية الأوضاع الظاهرة (انظر عبد الباسط جيمى في نظرية الأوضاع الظاهرة) ، فإنه يسمنا في ذلك نصوص تعد تطبيقاتاً تشريعية لهذه النظرية الأخيرة ، وبخاصة في الصورة (م ٢٤٤ مدني) وفي الدائن الظاهر (م ٢٣٣ مدني) .

ويقول الأستاذ جمال مرسى بدر في هذا الصدد : « ولعل الأقرب إلى الصواب أن يقال إن الربط بين آثار تمثيل النائب الظاهر عن إرادته وبين ذمة الأصل راجع إلى قاعدة قانونية ، أرساها القضاء ولها تطبيقات في بعض النصوص التشريعية ، وهذه القاعدة القانونية تحمل في إيجاد تلك الرابطة محل إرادة الأصل في الإنابة الحقيقية ، وذلك تطبيقاً لاستقرار التعامل ، وسهولة لمصلحة الغير حسن النية على الوجه الذي يقتضيه توفر الثقة في المعاملات » (جمال مرسى بدر في الإنابة في التصرفات القانونية ص ١٥٢) .

(١) نقض فرنسي ه نوفمبر سنة ١٨٧٧ دالوز ٨٠ - ١ - ٧٩ - ٢٥ يولييه سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ١ - ١٥١ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٨٧ - ٩ يناير سنة ١٩٣١ سيرة ١٩٣١ - ١ - ٣٥٨ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٤ سيرة ١٩٣٥ - ١ - ٣١٨ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٥ سيرة ١٩٣٦ - ١ - ٣٢٩ - ١٦ يولييه سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ٤٢٧ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٧ سيرة ١٩٣٨ - ١ - ١٤٥ - ٣ مايو سنة ١٩٤٠ - ١٩٤٠ - ٢ - ٢٨ - باريس ه يولييه سنة ١٩٢٨ الأسبوعي القضاة (Sem. Jur) ١٩٢٨ ص ١١٠١ - دوي ه ديسمبر سنة ١٩٥١ جازيت دي پاليه ١٩٥٢ - ١ - ٩٣ - أبريل ورواسبان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٣ - پلانيول وريير وسائات ١١٠ فقرة ١٥٢ ص ٩٥٤ - كولان وكايتان ودى لاموراندوير ٢ فقرة ١٣٦٧ - وانظر عكس ذلك وأن الموكل يكون دائماً مسئولاً عن خطأ وكيله مسئولية المتبوع عن التابع : بودرى دفال في الوكالة فقرة ٧٨٢ ص ٤١٦ - ديجوج في الالتزامات ١ فقرة ١٠٣ ه فقرة ٨٩٢ - ميدان ١٢ فقرة ٣١٤ .

الوكيل مخالفة يعاقب عليها بالغرامة ، لم يكن الموكل مسئولاً إلا إذا كان القانون ينص على مسئوليته هو أيضاً بالإضافة إلى مسئولية الوكيل^(١) . وإذا جاوز الوكيل حدود وكالته في التعاقد مع الغير حسن النية ولم تتوافر شروط الوكالة الظاهرة ، فإن الغير يرجع بالتعويض على الوكيل دون الموكل^(٢) . وإذا كان لوكيل مفوضاً في بيع منقول وتسلمه ، فباعه وبدلاً من تسليمه اختلسه ، كان مسئولاً قبل المشتري عن هذا الاختلاس . أما الموكل فيكون مسئولاً أيضاً عن عدم تسليم المبيع للمشتري ، ولكن لا بموجب مسئولية تثبت في جانبه من خطأ الوكيل ، وإنما بموجب البيع الذي عفده الوكيل باسمه فانصرف أثره إليه إذ أصبح ملتزماً بتسليم المبيع إلى المشتري^(٣) .

ومع ذلك يكون الموكل مسئولاً نحو الغير عن خطأ الوكيل في حدود قواعد المسئولية التقصيرية ، وكذلك في حدود قواعد الوكالة ذاتها . أما في حدود قواعد المسئولية التقصيرية ، فإن الموكل يكون مسئولاً عن خطأ الوكيل إذا ارتكب هو خطأً جر إلى خطأ الوكيل ، كأن أهمل في رقابته بحيث يجب عليه هذه الرقابة^(٤) ، أو كان الخطأ الذي ارتكبه الوكيل ليس إلا تنفيذاً لتعليمات تلقاها منه ، ويكون الموكل في هذه الحالة مسئولاً عن خطأه الشخصي لا عن خطأ الوكيل^(٥) . كذلك يكون الموكل مسئولاً عن خطأ الوكيل

(١) نقض فرنسي ٩ مايو سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ١٦٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص ٩٥٤ هامش ٣ - ومع ذلك انظر نقض فرنسي ٢ فبراير سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٧٢ - وانظر في قوانين الضرائب في فرنسا حيث تنص على مسئولية الموكل من خطأ الوكيل : بودري وقال في الوكالة فقرة ٧٨٢ .

(٢) أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٩ هامش ١ (٦) .

(٣) نقض فرنسي ١٧ أبريل سنة ١٩٩٦ دالوز ١٩٧ - ١ - ٤٠ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٥٤٥ - بورديو ١٣ نوفمبر سنة ١٨٩٠ دالوز ٩٢ - ٢ - ٣٦٤ - مارس ١٠ يوليو سنة ١٩٤٤ دالوز ١٩٤٥ - ٦٢ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٤ هامش ١٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص ٩٥٣ - ٩٥٤ - ومع ذلك قارن الجزائر ٧ يونيو سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠١ - ٢ - ١٨١ .

(٤) وإذا ياتر الوكيل إجراءات تصفية ضد الغير دون أن يتصل منها الموكل ، كان هذا الأخير مسئولاً بالتضامن مع الوكيل نحو الغير (استئناف غنتزل ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٣) .

(٥) نقض فرنسي ٣ مايو سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٤ - ١ - ٢٠٢ - ٤ ديسمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ١٤ - أول مارس سنة ١٩٣٨ جازيت دي پاليه ١٩٣٨ - ١ - ٨٠٦ -

في حدود قواعد المسؤولية التقصيرية إذا كان الوكيل مرتبطاً به ارتباط التابع بالتبوع ، كأن كان خادماً عنده أو مستخدماً في متجره ، ويكون الموكل في هذه الحالة مسئولاً عن خطأ الوكيل مسئولية المتبوع من التابع^(١). ويضرب على ذلك أن تكون الشركة مسئولة عن خطأ مديرها الذي يعد وكيلاً عنها ، باعتباره مرتبطاً بها ارتباط التابع بالتبوع^(٢).

وأما في حدود قواعد الوكالة ذاتها ، فهناك قاعدة من هذه القواعد تقضى كما رأينا بأن التصرف الذي يحميه الوكيل باسم الموكل يعقده بإرادته هو

= ليون ٢٨ يولييه سنة ١٩٠٨ تحت حكم نقض فرنسي ٢ فبراير سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٠ - ٧٢- - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٣ - ٢٣٤ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص ٩٥٤ - وقد يجب خطأ الموكل خطأ الوكيل ، فيكون الموكل وحده مسئولاً (بلديس ٩ مايوسنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠١ - ٢ - ٥) . ومن باب أول يكون الموكل إذا ارتكب خطأ هو المسئول وحده ، مادام الوكيل لم يرتكب أى خطأ يستوجب مسئولية (أو يرى ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٤) .

(١) نقض فرنسي ١٥ فبراير سنة ١٩٢٦ دالوز الأسبوعي ١٩٢٧ - ٥٠ - ١٦ يولييه سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ٤٢٧ - دويه ٥ ديسمبر سنة ١٩٥١ جازيت دي پاليه ١٩٥٢ - ١ - ٩٣ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٤ - بيدان ١٢ فقرة ٣٢٤ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص ٩٥٤ - كولان وكايتان ودی لاموراندير ٢ فقرة ١٣٦٧ - ويجب التمييز بين صفة التابع وصفة الوكيل ، فالوكيل لا يكون بموجب الوكالة وحدها تابعاً إلا إذا كان يعمل تحت إشراف الموكل وطبقاً لتوجيهاته (أو يرى ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٤ هامش ١٦) . وقد قضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأنه إذا ارتكب الوكيل عملاً غير مشروع نشأ عنه ضرر للغير ، فإن الموكل لا يكون مسئولاً عن ترميض ذلك الضرر إلا إذا توافرت في علاقته بوكيله عناصر التبعية المتميزة عن أركان عقد الوكالة ، والوكالة بذاتها لا تكفي لاعتبار الوكيل تابعاً للموكل بالمعنى المقصود في المادة ١٧٤ مدق ، وإنما ينبغي للنظر على ضوء الظروف وعقد الوكالة نفسه إلى توافر وعدم توافر عناصر رابطة التبعية من وجود سلطة فعلية للموكل على الوكيل مقترنة بالتوجيه والرقابة (الإسكندرية الوطنية ٢١ أبريل سنة ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ رقم ٥١٤ ص ١١٢٥) .

وكل من الخادم والمستخدم يربطه يرب العمل علاقتان : علاقة التابع بالتبوع بموجب عقد العمل ، وعلاقة الوكيل بالموكل بموجب عقد الوكالة الضمنية (أو كما ينهب الفقه الألماني والفقه الإيطالي يكون الخادم أو المستخدم نائباً من رب العمل دون أن تكون هناك وكالة : انظر أننا فقرة ٣٠١ في المالحش - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٤ هامش ١٦) . فيكون رب العمل مسئولاً عن خطأه ، لا باعتباره وكيلاً بموجب عقد الوكالة ، بل باعتباره تابعاً بموجب عقد العمل . انظر في هذه المسألة أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٤١ - فقرة ٣٤٢ - جلال مرسى بدر في النياحة في التصرفات القانونية ص ١٦٥ - ص ١٦٨ .

(٢) نقض فرنسي ٣٠ يولييه سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦ - ١ - ٢٨٨ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٤ .

فتحل هذه الإرادة محل إرادة الأصل ، وبأنه يعتد بشخص الوكيل في العلم بظروف من شأنها أن تؤثر في هذا التصرف^(١). ويترتب على ذلك أنه إذا ارتكب الوكيل تدليساً جبر الغير إلى التعاقد معه ، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال ويجوز فوق ذلك للغير أن يرجع بالتعويض ، لا فحسب على الوكيل لأرتكابه هذا التدليس ، بل أيضاً على الموكل كما لو كان التدليس قد صدر منه هو ، وفي هذا يكون الموكل مسئولاً عن خطأ الوكيل^(٢). كذلك إذا تواطأ الوكيل مع الغير الذي تعاقد معه للإضرار بحقوق دائي هذا الغير أو تواطأ معه على الصورة ، فإنه يعتد بهذا التواطؤ ويكون الموكل مسئولاً عنه فيمتد أثره إليه ، ومن ثم يجوز لدائي الغير أن يطعنوا في التصرف بالدعوى البولصية أو أن يتمسكوا بالعقد الصوري طبقاً لقواعد الصورة^(٣) ، وذلك كله في مواجهة الموكل كما لو كان تواطؤ الوكيل مع الغير قد صدر منه هو^(٤).

(١) انظر كنفاً فقرة ٣٠٢ .

(٢) انظر كنفاً فقرة ٣٠٤ في المائش - نقض فرنسي ١٤ يولييه سنة ١٨٩٧ دالوز ٤٧ - ٣٢٢ - ٣٠ يولييه سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٦ - ١ - ١٣٢ - ٤ ديسمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ١٤ - يودى وقال في الوكالة فقرة ٧٨٢ ص ٤١٧ - بلانويل وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص ٩٥٥ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ نفل Mandat فقرة ٣٤٣ .

(٣) نقض فرنسي ١٥ يولييه سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ١ - ٥٥٩ - ٤ ديسمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ١٤ - يودى وقال في الوكالة فقرة ٧٨٢ ص ٤١٧ - بلانويل وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص ٩٥٥ .

(٤) وكما أن الموكل قد يكون مسئولاً نحو الغير عن خطأ الوكيل ، كذلك قد يكون الغير مسئولاً عن خطأ الوكيل نحو الموكل . فإذا كان عقد الوكالة يلزم الوكيل بالبيع مثلاً أن يستخدم ثمن المبيع في شراء أسهم أوسندات ، فالأصل أن المشتري الذي تعاقد مع الوكيل لا يكون مسئولاً عن تنفيذ هذا الالتزام نحو الموكل (نقض فرنسي ٥ نوفمبر سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٦ - ١ - ٣٣) ، وذلك ما لم ينص الموكل في سنة التوكيل على أن شراء الأسهم أو السندات شرط في قيام الوكالة . فإذا كان المشتري يعلم بهذا الشرط ، فإنه يكون مسئولاً عن تنفيذ نحو الموكل ، ويجب عليه ألا يسلم الثمن الوكيل إلا بعد الاستيثاق من أنه يستخدم في شراء الأسهم أو السندات المطلوبة (بلانويل وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٣) - وإذا اقترض الوكيل هذه الصفة من الغير مبلغاً أكبر مما تقتضيه الحاجة وأضاع الأثاث ، لم يكن المقرض حسن النية مسئولاً عن ذلك قبل الموكل (استئناف مخطوط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٤٨) - وانظر أيضاً استئناف مخطوط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٥١ - ١٨ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٤٥ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٩ ص ٣٠ .

المبحث الثاني

الوكيل يعمل باسمه الشخصي

(المسخر أو الاسم المستعار)

(Prête-nom)

٣١٠ - متى يعمل الوكيل باسم الشخصى — عقد التسخير أو عقد

هرسم المستعار : الوكيل يعمل دائماً لحساب الموكل كما قدمنا ، ولكنه تارة يعمل باسم الموكل وتارة يعمل باسمه الشخصى . والأصل أن يعمل الوكيل باسم الموكل ، فتكون الوكالة نيابية ، وقد بسطنا قواعدها فيما تقدم . وإذا وكل شخص شخصاً آخر فى تصرف قانونى ، ولم يذكر فى سند التوكيل ما إذا كان الوكيل يعمل باسم الموكل أو يعمل باسمه الشخصى ، فالمفروض أن الموكل قد أضفى على الوكيل صفة النيابة وأباح له أن يعمل باسمه نائباً عنه . ومع ذلك قد يرى الموكل أن يخفى اسمه فى التصرف الذى فوض فيه الوكيل ، لسبب أو لآخر مما سنشير إليه فيما يلى ، فيشترط فى عقد الوكالة أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى ، ويسخره فى ذلك مستعيراً اسمه . وتسمى الوكالة فى هذه الحالة بعقد التسخير أو عقد الاسم المستعار (convention de prête-nom) ، ويسمى الوكيل بالمسخر أو الاسم المستعار (prête-nom)^(١) . فهناك إذن نوعان من الوكالة : الوكالة النيابية وهى وكالة مكشوفة (mandat ostensible) تقرن بالنيابة وتبيح للوكيل أن يعمل باسم الموكل ، والوكالة غير النيابية وهى وكالة مستترة (mandat simule) تنجرّد عن النيابة وتعرض على الوكيل أن يعمل باسمه الشخصى وإن كان يعمل لحساب الموكل كما سبق القول .

على أن الوكالة النيابية أى الوكالة المكشوفة ، وإن كانت تبيح للوكيل

(١) ولا يكون هناك تسخير إذا ظهر اسم الموكل إلى جانب المسم الوكيل (استئناف غلط

٢٨ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٢١ - ١٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٦) .

أن يعمل باسم الموكل نائياً عنه ، لا تتمعه من أن يعمل باسمه إذا اختار ذلك ، وعندئذ يصبح في حكم المسخر أو الاسم المستعار ، وإن كان يفعل ذلك من تلقاء نفسه لا بناء على تسخير من الموكل^(١) . وتسمى على الوكيل في هذه الحالة جميع الأحكام التي تسمى على المسخر أو الاسم المستعار^(٢) ، وتكون الوكالة في الحالتين وكالة دون نيابة . ولكن يندر أن يعمد الوكيل من تلقاء نفسه إلى التعاقد باسمه الشخصي إذا لم يكن مسخراً ، إذ هو يؤثر ألا يتحمل مسؤولية انصراف أثر العقد إليه كما يتحملها المسخر فيما سترى . فالكثرة الغالبة من الأحوال التي يفعل فيها الوكيل باسمه الشخصي هي عندما يكون مسخراً بموجب عقد وكالة مسترة هو عقد التسخير أو عقد الاسم المستعار .

ويُلجأ الموكل إلى تسخير الوكيل واتخاذ اسم مستعار لأغراض عملية مختلفة ، منها ما هو مشروع ومنها ما هو غير مشروع^(٣) . مثل المشروع منها أن يتخى الموكل في الشراء اسمه على البائع ويسخر الوكيل للشراء باسمه الشخصي ، لأنه يدرك أن البائع لو علم بالمشتري الحقيقي لطلب ثمناً أعلى طمعاً فيه ، أو لامتنع عن البيع نكابة به^(٤) . ومثل ذلك أيضاً أن يسخر المشتري في المزا-

(١) ديلانويل وديبير وبولانيه ٢ فقرة ٣٠٤١ - فلاتيه في العقود لحساب الغير ص ٢٠٤ ص ٢٠٥ - ليريور ويجونير في الاسم المستعار (الوكيل أو الفضول يحمل باسمه) رسالة من كان سنة ١٨٩٨ ص ٣٨ - وحلها هو الأصل التاريخي الوكالة ، فقد كان الوكيل يتعاقد باسمه وينصرف أثر العقد إليه ، ولم تصل الوكالة إلى أن تكون وكالة نيابية ينصرف أثر التصرف فيها إلى شخص الموكل إلا بعد تطور طويل (انظر في ذلك مصادر الحق في الفقه الإسلامي للعلف الجزء الخامس سنة ١٩٥٨ - وانظر في تطور القانون الروماني فلاتيه في العقود لحساب الغير ص ٢٣ وما بعدها) .

(٢) أنسيلويدي فالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٢٧ - فقرة ٣٢٩ .

(٣) جوران ٢ فقرة ١٤٣٥ .

(٤) وهناك صورة عملية تقرب من هذه الصورة ولكنها ليست إياها ، وهي التقرير بالشراء عن الغير (déclaration de command)، وقد بحثنا هذه الصورة تفصيلاً عند الكلام في البيع في الجزء الرابع من الوسيط (فترة ٩٥ - فقرة ٩٩) . والتقرير بالشراء عن الغير يشترك مع التسخير في أن الوكيل فكليهما لا يعلن اسم الموكل . ولكن الوكيل في التقرير بالشراء عن الغير يعلن أنه يشتري لنفسه أو لغيره ، وقد يحتفظ بالصفقة لنفسه وعند ذلك يكون أصيلاً في الشراء لا وكيلاً ، وقد يعلن اسم شخص في المبدأ المحدد يضيف إليه هذه الصفقة وعند ذلك يكون وكيلاً عن هذا الشخص في الشراء وكالة نيابية . أما في التسخير فالوكيل يشتري حتماً لحساب غيره . ويلتزم بنقل الصفقة إلى هذا الغير ، ولا يستطيع أن يحتفظ بها لنفسه . ومن ذلك نرى أن المقرر بالشراء عن الغير إما أن يكون أصيلاً في الشراء وإما أن يكون وكيلاً وكالة نيابية ، في حين أن المسخر يكون -

وكيلا عنه يتقدم إلى المزداد باسمه الشخصي لإباصم الموكل^(١) ، وذلك لأنه يريد أن يخفي الصفقة عن الجمهور ، أو لأنه يخشى لو ظهر اسمه هو في جلسة المزداد أن يتقدم مزايرون يزايرون عليه لمعلمهم بحاجة إلى الصفقة فيلغفونه إلى تقديم عطاء أعلى^(٢) . والتسخير لفرض مشروع صحيح ، لأنه ضرب من ضروب

دائماً وكيلا وكالة غير. نياية . وقد قضت محكمة النقض بأن مخاصمة الوكيل لا تصح دون ذكر اسم الأصل أوعل الأقل دون توجيه الإجرامات إليه بوصفه وكيلًا ، فإذا كان إنذار الشفعة الذي أعلن إلى المشتري الذي احتفظ بحق اختيار الغير لم يشر إلى صفته كوكيل ، فله لا يتصرف إلا إلى شخصه (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٢١٢) . ويمكن القول إن التقرير بالشراء عن الغير وضع بين أوضاع ثلاثة : في الوضع الأول يمثل للشخص لحساب غيره وباسم هذا الغير ، وهذه هي الوكالة النياية . وفي الوضع الثاني يمثل الشخص لحساب غيره ولكن باسمه الشخصي . وهذه هي الوكالة غير النياية . وفي الوضع الثالث يمثل الشخص إما لحساب غيره وباسم هذا الغير كما في الوكالة النياية وإما لحساب نفسه وباسم الشخص ، وهذا هو التقرير بالشراء عن الغير . انظر في ذلك فلاتيه في العقود لحساب الغير ص ٢١ .

(١) ويجب التمييز بين إمارة الاسم للشراء وبين الوعد ببيع الشيء المشتري . وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن تحمل المدين بأن من استخدمه للدخول في المزايدة يعتبر في القانون نائباً عنه بطريق إمارة الاسم وأن الممار اسمه لا يتملك حق الأصل - هذا التحمل محله أن يكون الثابت في الدعوى أن من رسا عليه المزداد كان عنه رسو المزداد محيراً اسمه . أما إذا كان الثابت أن الراسي عليه المزداد إنما وعد المدين بأن يبيع له الأملكان عنه رسو المزداد عليه إذا دفع له الثمن والمصاريف ، فذلك لا يصح التحمل به في إنكار الملكية عل الراسي عليه المزداد (نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٨ ص ٦١٣) . وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف مخططة ٤ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٥ .

(٢) وللتسخير في القانون المدني يقابل الوكالة بالمسولة (commission) في القانون التجاري (انظر في أن الوكالة بالمسولة نظام تجاري قائم بذاته : فلاتيه في العقود لحساب الغير ص ٩٦ - ص ١٢٢) .

وهناك ضروب مشروعة من التسخير لا تدخل في الوكالة ، لأن المسخر لا يكون وكيلًا بل يعمل لحسابه الشخصي . مثل ذلك أن يشتري شخص أرضاً باسم ابنته ، فتكون البنت هي المالكة الحقيقية للأرض ، ولا تلتزم بتقيل ملكيتها للأب كما يلتزم المسخر ، ولا ينتفع الأب من الصفقة انتفاعاً شخصياً إلا بمقدار ما ينتفع الأب عادة بمال أولاده . وإنما قصد الأب من تسخير ابنته في الشراء باسمها أن يتفادى ، لو أنه اشترى الأرض باسمه ، أن يره غير ابنته من آثاره لأنه ليس ليس له أولاد ذكور ، أو أن يتفادى ضريبة التركات إذا ما انتقلت الأرض بالبر إلى زوجته (ومن هنا يعتبر هذا الشراء بالنسبة إلى ضريبة التركات واقعاً للأب إذا مات هذا في خلال خمس سنوات من وقت الشراء ، تستحق ضريبة التركات) ، أو أن يتفادى أحكام قانون الإصلاح الزراعي التي تمنع أن يملك الشخص باسمه أكثر من مائة فدان ، أو أن يتفادى ضريبة الإيراد العام فلا يشتري الأرض باسمه حتى لا يزيد لإيراده الشخصي تزييد الضريبة عل هذا الإيراد .

وهناك ضرب مشروع من التسخير أوسع من التسخير المألوف عندما يشترط المؤمن ، في -

الصورية والصورية وحدها ليست سبباً في بطلان التصرف^(١). أما إذا كان الغرض غير مشروع فإن التسخير يكون باطلاً ، ويشمل البطلان عقد الوكالة المستر والتصرف الذي باشره الوكيل باسمه الشخصي تنفيذاً لعقد الوكالة والتصرف الذي نقل به الوكيل الحق للموكل^(٢). فإذا سخر المدين المحجوز على ماله شخصاً يتقدم في المزاد لشراء المال المحجوز عليه ، كان التسخير باطلاً ، وإذا رسا المزاد على المسخر كان رسو المزاد أيضاً باطلاً ، وإذا باع المسخر مالاً للمدين كان البيع باطلاً كذلك . ذلك بأنه لا يجوز للمدين أن يتقدم في مزاد يبيع ماله المحجوز عنه ، وما لا يستطيع أن يباشره بنفسه لا يستطيع مباشرته بمسخر^(٣). وإذا سخر النائب أو السمسار أو الخبير من يشترى المال

= التأمين من المستولية ، أن يتولى بنفسه توجيه الدفاع في دعوى المستولية (باريس ٢٥ فبراير سنة ١٩٥٣ المجلة العامة للتأمين البري ١٩٥٣ - ١٥٢ - پلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٥٥٤) .

(١) جوسران ٢ فقرة ١٤٣٦ - وهل ذلك فالتسخير في الخصومة والإجراءات القضائية صحيح ، فينزل صاحب الحق من حقه المتنازع فيه لمسخر يرفع به الدعوى باسمه الشخصي ، ويتقاضى الحكم الحقيقي بذلك أن يظهر اسمه في المنازعات القضائية . ويلتزم المسخر ، إذا كسب الدعوى ، بأن ينقل الحق الذي كسبه إلى الخصم الحقيقي (نقض فرنسي ٨ يولييه سنة ١٨٥٦ دالوز ١ - ٥٦ - ٢٧٨ - ٢٣ فبراير سنة ١٨٥٨ دالوز ٥٨ - ١ - ١١٦ - ٢٨ يولييه سنة ١٨٦٩ سيرييه ١ - ٦٩ - ١ - ٤٢٧ - ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٤ سيرييه ٩٥ - ١ - ٢٣٠ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٨٢ ص ٤٦٧ - پلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٥٥٥ ص ٩٥٧) .

ويجوز للمساهم في شركة تسخير شخص آخر ، ينقل إليه ملكية أسهمه ، في مطالبة الشركة بتقديم الحساب (استئناف غخط ٢٧ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١١٢) .

(٢) ويستطيع الغير حسن النية الذي تعاقد مع المسخر أن يثبت التسخير بجميع الطرق ، ومنها البينة والقرائن ، ويشتمك بالبطلان ضد طرق عقد التسخير (نقض فرنسي ٢٦ يولييه سنة ١٨٨٣ دالوز ٨٤ - ١ - ٢٢٩ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٨٥ وقرة ٨٩٨ - پلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٥٥٥ ص ٩٥٨) . ولكن طرق التسخير لا يستلزمان التمسك بالتسخير قبل الغير حسن النية ، وذلك وفقاً لقواعد الصورية (تولوز ٣ ديسمبر سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ٢ - ١٨٥ - باريس ٥ يولييه سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٨ - ٢ - ١٢٩ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٨٥ ص ٤٧٠) . وانظر في إلزام المسخر بالتنفيذ : استئناف غخط ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٧٩ .

(٣) نقض فرنسي ١٨ فبراير سنة ١٨٤٦ سيرييه ٤٦٦ - ١ - ٤٧١ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٨٥٠ سيرييه ٥١ - ١ - ٣٤ - ٦ أغسطس سنة ١٨٨٥ سيرييه ٨٥ - ١ - ٣٤٧ - ٢٩ يولييه سنة ١٨٦٠ سيرييه ٩٤ - ١ - ١٦ - ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ سيرييه ٩٥ - ١ - ١١ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٨٣ ص ٤٦٩ - پلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٥٥٥ ص ٩٥٧ - وقد قلنا =

تأمنوا به هو يبيعه أو تقدير قيمته ، كان هذا باطلا ، لأنه لا يستطيع شراء المال بنفسه فلا يستطيع شراءه بمسخر . وتقول المادة ٤٧٩ مدني في هذا الصدد : « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاو العلني ما نيط به يبيعه بموجب هذه النيابة . . » ، وكذلك تقول المادة ٤٨٠ مدني : « لا يجوز للسامرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء بأسماهم أم باسم مستعار . وإذا سخر أحد عمال القضاء من يشتري حقاً متنازعاً فيه يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشر عمله في دائرتها نظر النزاع فيه ، كان هذا باطلا ، لأنه لا يستطيع شراء هذا الحق بنفسه فلا يجوز له شراؤه بمسخر . وتقول المادة ٤٧١ مدني في هذا الصدد : « لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا الكتبة المحاكم ولا المحضرين أن يشتروا ، لا بأسماهم ولا باسم مستعار ، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وإلا كان البيع باطلا . » . وإذا سخر محام من يتعامل مع موكله في الحق المتنازع فيه الذي يتولى الدفاع عنه ، كان هذا باطلا ، لأنه لا يستطيع أن يتعامل في هذا الحق بنفسه فلا يجوز أن يتعامل فيه بمسخر . وتقول المادة ٤٧٢ مدني في هذا الصدد : « لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسماهم أم باسم مستعار ، وإلا كان العقد باطلا » (١) .

= أن التسخير في الخصومة جائز ، ولكنه يكون غير جائز إذا كان غير مشروع وقصد به التحايل على القانون ، كما إذا باع شخص العين المتنازع فيها لمسخر حتى يثير المحكمة المختصة بنظر النزاع فيما لو رفعت الدعوى عليه شخصياً ، وذلك إضراراً بخصوصه (كان ٢٤ مارس سنة ١٨٦٢ دالوز ٦٢ - ٢ - ١٨٢ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٥ ص ٩٥٨) .

(١) ويعتبر التسخير غير مشروع إذا قصد به التواطؤ على الإضرار بحقوق الغير . فإذا كان الدائن قد حول حقه في ذمة المدين لمسخر حتى يتوق بذلك أن يتسلك المدين بالقضاة بين هذا الحق وبين حق له في ذمة الدائن ، كان التسخير باطلا (نفس قرني ١٥ أبريل سنة ١٨٨٠ سريه ٨١ - ١ - ٣١ - جيوار فقرة ٢٠ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٨٤ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٥ ص ٩٥٨) . وقد يصعد تاجر بالآ يرازم تاجرا آخر في تجارته ، فيخلل بينهما إذا هو سخر شخصاً آخر لهذه المزاومة ، ويكون التسخير غير مشروع (بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٨٠ ص ٢٦٦) . وإذا اشترط القانون مؤهلاً قنياً خاصاً فيمن يدير عملاً (كصيدية) ، فسخر شخص غير حامل لهذا المؤهل شخصاً حاسلاً له لإدارة هذا العمل ، كان هذا تحايلاً على القانون ، وكان التسخير غير مشروع (بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٨٠ ص ٢٦٦) .

وأيا كان الغرض من التسخير ، فإن التسخير يتخذ الصورة التي تلامحه ..
فمن يسخر في شراء منزل يوكل المسخر في شراء هذا المنزل على أن يكون
الشراء باسم المسخر الشخصي ، ومن يسخر في بيع منزل يبيع أولاً هذا المنزل
إلى المسخر ويوكله في بيعه إلى الغير على أن يكون البيع باسم المسخر الشخصي ،
ومن يسخر في قبض دين له في ذمة الغير يحول هذا الحق إلى المسخر فيقبضه
هذا باسمه الشخصي^(١) ، وهكذا^(٢).

ولما كان المسخر يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي كما سبق القول ، فإنه
يجب أن تتوفر فيه أهلية التصرف الذي يسخر فيه^(٣) ، ولا يكفي أن يكون مبرراً
كما يكفي ذلك في الوكيل العادي على ما قدمنا^(٤).

وإذا تعاقد المسخر مع الغير على النحو الذي قدمناه ، وكان التسخير
مشروعاً ، فإن المسخر في علاقته مع الغير يكون أصيلاً ، وفي علاقته مع
الموكل يكون وكيلاً . فيقتضى ذلك إذن أن نبحث :

(١) ويجوز له أن يقاضي باسمه الشخصي المال عليه ، فيكون أيضاً مسخراً فيرفع الدعوى ..
وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الطاعن قد رفع الدعوى ابتداء باسمه خاصة وباعتباره محالاً بسند
الذين موضوع النزاع من صدر له هذا السند ، ثم رفع الاستئناف باسمه أيضاً عن الحكم الابتدائي
الذي قضى برفض دعواه ، ثم قرر الطعن بالنقض باسمه أيضاً في الحكم الاستئنافي ، فإن طعنه
يكون جائزاً . ولا يثير من ذلك أن يكون الطاعن قد صرح في مذكرته الشارحة بأن طعنه هو
لحساب ورثة الدائن المهيل ، أو أن تكون الحوالة قد ارتدت إلى المهيل باتفاق لاحق ، أو ألا يكون
الطاعن قد قدم نص الاتفاق المقطوع بينه وبين ورثة المهيل لإجراء الطعن ، لأن هذا كله لا يمدو أنه
يكون تقريراً لأمر مشروع في ذاته قد تقسّم الاتفاق بين الطرفين على إعارة الطاعن اسمه في الطعن
استمراراً للخصومة التي تولاهما باسمه أيضاً في مراحلها السابقة . وليس في القائلون ما يلزم الطاعن أنه
يقدم نص الاتفاق المقطوع بينه وبين المهيل على التقرير بالطعن أسوة بما قدمه من الاتفاق على
رفع الاستئناف ، لأن الأصل أن مثل هذا الاتفاق هو من شأن طرفيه وحدهما (نقض مدني ١١ أبريل
سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام للنقض ٨ رقم ٤١ ص ٤٠٤) .

وانظر أيضاً في التسخير في رفع الدعوى : استئناف مخطوط ١٦ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣
ص ١١٨ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢٧ - ويجوز أن يتقدم المسخر باسمه الشخصي في
التوزيع (استئناف مخطوط ٢٧ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٤٩) .

(٢) أوبري وروولسطن ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٢ - فلاتيه في المقود لحساب الغير ص ٢٤٤ -
وقد يكون الغرض المقصود لا يمكن تحقيقه فوراً كالمالية لشخص غائب أو غير موجود ، فيكون
التسخير ضرورياً في هذه الحالة ويحذف الصورة الآتية : يوهب المال لمسخر ، ويوكل فيجبه
لشخص المقصود عندما يعود أو عندما يوجد (فلاتيه في المقود لحساب الغير ص ٢٥٥) .

(٣) بودري وثالث في الوكالة فقرة ٨٨٧ - يلائيول وديبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٥٥٥
ص ٩٥٩ - جوسران ٢ فقرة ١٤٣٨ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٢٩ في الهامش .

١ - علاقة الوكيل المسخر بالغير .

٢ - علاقة الموكل بالغير .

٣ - علاقة الوكيل المسخر بالموكل^(١) .

§ ١ - علاقة الوكيل المسخر بالغير

٣١١ - انصراف أثر التعاقد من حقوق والتزامات إلى الوكيل المسخر :

وأبنا أن المادة ٧١٣ مدني تحيل ، فيما تحيل إليه من النصوص ، إلى المادة ١٠٦ مدني ، وهذه تقول : « إذا لم يعلن الماقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصل دائماً أو مديناً ، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب^(٢) » . ولما كان الوكيل المسخر لا يعلن وقت إبرام العقد مع الغير أنه يتعاقد بصفته نائباً ، بل هو يتعاقد باسمه الشخصي ، فإنه لا يكون نائباً عن الموكل في تعاقد ، ومن ثم لا يضاف أثر العقد إلى الموكل ، بل يضاف إلى الوكيل المسخر دائماً أو مديناً كما يفهم من النص سالف الذكر .

وعلى ذلك تضاف جميع الحقوق التي تنشأ من التعاقد مع الغير إلى الوكيل المسخر فيكون هو الدائن بها للغير ، كما تضاف إليه أيضاً جميع الالتزامات فيكون هو المدين بها للغير^(٣) .

(١) انظر في التمييز بين التوسيط الحقيقي (interposition réelle) والتوسيط الصوري (interposition fictive) ، وفي أن التفسير هو إحدى صور التوسيط الحقيقي ، في حين أن التوسيط الصوري هو تمييز آخر من الصورية : فلاتيه في العقود لحساب الغير وبوجه خاص ص ٢١٤ - ص ٢١٧ وص ٢٢٥ - ص ٢٣٨ . وقارن أكرم أمين المحول فقرة ١٩٤ (حيث يبدو أنه يحمل صورة التوسيط الصوري هي إحدى صور الوكالة غير النيابة ، بل يحملها هي « الاسم المستعار بالمثل الحقيقي ») .

(٢) انظر أيضاً المادة ٩٤٣ مدني عراق والمادة ٧٩٩ من قانون الميراثات والمقود اللبنانيه آنفكا فقرة ٢٩٩ في الهامش .

(٣) استئناف مخطوط ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠١ - تقض فرنسي ٢٥ يناير سنة ١٨٦٤ دالوز ٦٤ - ١ - ٢٨٢ - ٢٨ - يولييه سنة ١٨٦٩ سيرييه ٦٩ - ١ - ٤٢٧ - ٨ مايو سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ٣٤٨ - ٢٦ أبريل سنة ١٨٧١ سيرييه ٧٧ - ١ - ١٥٢ - ١١ مارس سنة ١٨٩٠ دالوز ٩٣ - ١ - ٣٦٩ - ١٢ يناير سنة ١٨٩١ سيرييه =

ويستثنى من ذلك حالتان يكون فيهما الوكيل للمسخر نائياً عن الموكل بالرغم من أن الوكالة الصادرة له وكالة غير نيابية ، فتضاف حقوق العقد والزاماته مباشرة إلى الموكل دون الوكيل ، وتسرى أحكام الوكالة كما لو كانت وكالة نيابية :

(الحالة الأولى) إذا كان الغير يعلم ، أو من المفروض حتماً أن يعلم ، بأن الوكيل المسخر إنما يتعاقد لحساب الموكل . وهنا يجب التمييز بين فرضين : فلما أن يكون الغير ، وهو يتعاقد مع الوكيل المسخر ويعلم أنه وكيل لا أصيل ، يقصد التعاقد مع الموكل لا مع الوكيل ، وفي هذا الفرض يتعامل الوكيل باسمه الشخصي أما الغير فيتعامل لحساب الأصيل^(١) ، فتسرى أحكام الوكالة النيابية ، وتضاف حقوق العقد والزاماته إلى الموكل لا إلى الوكيل المسخر كما تقتضي المادة ١٠٦ مدني فيما رأينا . وإما أن يكون الغير يقصد التعاقد مع الوكيل المسخر لا مع الموكل ، وذلك بالرغم من علمه بأن من يتعاقد معه هو وكيل لا أصيل ، وفي هذا الفرض لا يكون الوكيل المسخر نائياً عن الموكل ، وتضاف إليه هو حقوق العقد والزاماته ، ولا يرجع الغير على الموكل مباشرة كما لا يرجع الموكل على الغير ، ولا يعترض على هذا بأن الغير يعلم بأن الذي يتعاقد معه وكيل لا أصيل ، فن القواعد المقررة في التسخير أن هذا العلم لا يمنع من أن تضاف حقوق العقد والزاماته إلى الوكيل المسخر دون الموكل^(٢) .

١- ٩٢ - ١ - ٣٠٥ - ٣ مايو سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ - ١ - ٥٦٧ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت
حتى باليه ١٩٢٧ - ١ - ١٠٠ - بودي وفال في الوكالة فقرة ٩٠٠ - أوبري ورو وإسبان ٦
فقرة ٤١٠ ص ٢٠٢ - بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص ٩٦٠ .

(١) انظر الوسيط ١ فقرة ٩١ ص ٢٠٠ .

(٢) جيوار فقرة ١٨ - فقرة ١٩ - بودي وفال في الوكالة فقرة ٨٩٥ وفقرة ٩٠٢ -
فقرة ٩٠٥ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٣ - بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة
١٥٠٧ ص ٩٦٠ وفقرة ١٥٠٨ ص ٩٦١ - نقض فرنسي ٢٩ مارس سنة ١٨٣٠ S. Ch. -
٢٥ يناير سنة ١٨٦٤ دالوز ٦٤ - ١ - ٢٨٢ . وقد رأينا المادة ٧٩٩ من تقنين الموجبات
والعقود التي تنقل : « إذا عاهد الوكيل باسمه وبالأمانة عن نفسه ، كانت له الحقوق الناشئة
عن العقد . وبين مرتبطاً مباشرة تجاه الذين هاتهم كما لو كان الفعل همه وحده دون الموكل ،
وإن يكن الذين هاتهم قد عرفوه شخصاً مستتراً أو وسيطاً يشتمل بالمالاة (السوالة) » (انظر
ألفاً فقرة ٢٩٩ في الهامش) . ونص الفقرة الأولى من المادة ١٧٠٥ من التقنين المدني الإيطالي
الجديد على أن « الوكيل الذي يعمل باسمه الشخصي يكسب الحقوق الناشئة من التصرفات التي يبرمها
مع الغير ويتحمل بالالزامات ، حتى لو كان الغير يعلم بوجود الوكالة » . وانظر في التقنين المدني =

والبت فيما إذا كان الغير يقصد التعاقد مع الوكيل المسخر أو مع الموكل مسألة واقع بيت فيها قاضي الموضوع ، والمفروض أنه يقصد التعاقد مع الموكل مادام يعلم أن التعاقد لحساب هذا الأخير ، وذلك ما لم يثبت أنه قصد التعاقد مع الوكيل المسخر .

(الحالة الثانية) إذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الوكيل المسخر أو مع الموكل . وهذا يحدث في المألوف من الحياة اليومية ، فن يدخل متجر ليشترى سلعة لايغنيه أن يكون البائع هذه السلعة أصيلاً أو وكلاً ، كما لا يخفى البائع أن يكون المشتري أراد الشراء لنفسه أو كان مسخرأ يشتري لحساب غيره^(١) . وفي هذه الحالة إذا كشف الموكل عن نفسه ، فإن له أن يرجع مباشرة على الغير ، كما يكون للغير أن يرجع عليه ، وتسرى في ذلك أحكام الوكالة النيابة^(٢) .

= الإبطال الجمعي في هذه المسألة فلوليه والفقود لحساب الغير فقرة ١٦٧ ص ٢٢٧ عاشر ١ . ويذهب الأستاذ أكثم أمين الغزولي إلى أنه إذا كان الغير يعلم بالتسخير ، فإن قواعد الصورية هي التي تنطبق . ولا يستطيع الغير أن يتجنى بالتمسك بالصورية ، وتسرى عليه أحكام البند الخفي فينتج أنه قد تعاقد مع الوكيل باعتباره نائباً عن الموكل (أكثم أمين الغزولي فقرة ١٩٤ ص ٢٥٣ - ص ٢٤٤) . وهذا القول يتعارض مع ما هو متفق عليه إجماعاً من أن علم الغير بالتسخير لا يمنعه من أن يكون متعاقداً مع المسخر شخصياً . وهذا ما جعلنا نميز بين ما إذا كان قد قصد التعاقد مع المسخر فتسرى هذه القاعدة . أو قصد التعاقد مع الموكل عن طريق المسخر فتقوم العلاقة مباشرة بين الموكل والغير .

(١) وتقدير ما إذا كان يستوى لدى الغير أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل مسألة واقع بيت فيها قاضي الموضوع . ونرى أن يتخذ القاضي في ذلك معياراً موضوعياً لا معياراً شخصياً ، فلا ينظر إلى شخص الغير بالذات ، بل ينظر إلى شخص عادي وعلى يستوى عنه هذا الشخص في الظروف التي تم فيها التعاقد أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل . ذلك أن المعيار الموضوعي أدعى إلى استقرار التعامل . وقد أخذ به التقنين المدف في كثير من الأحوال ، وأخذ به فعلاً في الحالة الأولى بالذات من هاتين الحالتين حيث يقول : « أو من المفروض صيحاً أن يعلم » . ولما كانت المادة ١٠٦ مدف يقابلها المادة ٣٢ من تقنين الالتزامات السويسري والمادة ١٦٤ من التقنين المدف بالألماني . وقد أخذ القضاء السويسري بالمعيار الشخصي في حين أن القضاء الألماني أخذ بالمعيار الموضوعي . فقد رجح الأستاذ جمال مرسى بدر الأخذ بالمعيار الشخصي لأن المادة ١٠٦ مدف مصرى استقت من المادة ٣٢ من تقنين الالتزامات السويسري (جمال مرسى بدر في النياية في التصديقات القانونية ص ١٥٩) . ولا نرى التفتيد بالمسخر التشريعي الذي استقت منه نصوص التقنين المدف . بل يجب اعتبار هذه النصوص كلاً تنظفه وحدة متناسقة ويستمد حياتها من البيئة المصرية ومتنصليها . إذ هو موضوع هذه البيئة بعد أن انتزع من أصله الأجنبي .

(٢) ويجب تمييز هاتين الحالتين عن حالة ثالثة فيها يتعاقد الوكيل باحباره نائباً ولكنه =

٣١٢ - انصراف الحقوق إلى الوكيل المسخر : وفيما عدا الاستثنائين

المتقدم ذكرهما ، تنصرف الحقوق كما قلنا إلى الوكيل المسخر . فإذا كان هذا يشترى سلعة لحساب موكله ولكنه يتعاقد باسمه الشخصي ، فإن حقوق المشتري تضاف إليه ، فيصبح هو الدائن للبائع بنقل الملكية وتنتقل الملكية إليه فعلاً^(١) ، كما يصبح دائماً للبائع بتسليم المبيع وبضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية . وإذا كان يبيع سلعة لموكله بعد أن انتقلت إليه ملكيتها^(٢) ليكون مسخراً في بيعها ، فإن حقوق البائع تضاف إليه ، فيصبح هو الدائن للمشتري بالثمن . وإذا سخر في أن يكون محالاً له في حوالة حق ، انتقل إليه هو الحق المحال به . أما إذا سخر في أن يكون عميلاً بعد نقل الحق إليه من الموكل ، كان هو الدائن للمحال له بضمن الحوالة . وإذا ثبت له حق في ذمة الغير ، لم يجز للغير أن يتمسك بالمقاصة بين هذا الحق وحق للغير في ذمة الموكل ، ولكن يجوز التمسك بالمقاصة بين هذا الحق وحق للغير في ذمة الوكيل المسخر^(٣) . والوكيل المسخر هو الذي يرفع الدعوى باسمه الشخصي للمطالبة بالحق الذي ثبت له ، والحكم يصدر لصالحه هو^(٤) ، وهو الذي يقوم بتنفيذه ، ويتقدم باسمه الشخصي في التوزيع^(٥) .

— لا يكشف عن شخصية الموكل ، فيقبل الغير التعاقد معه على هذا الأساس . وتتميز هذه الحالة الثالثة عن الحالتين السابقتين بأن الوكيل يتعاقد باسم موكل مجهول ، في حين أنه في الحالتين السابقتين يتعاقد باسمه الشخصي . والحكم في هذه الحالة الثالثة أن التعاقد ينصرف أثره إلى الموكل كما هو الأمر في الحالتين السابقتين ، ولكن ذلك يقع تطبيقاً لأحكام النيابة ، لا استثناء من هذه الأحكام كما استثنيت الحالتان السابقتان . وليس في منطق النيابة ما يمنع من تجهيل شخص الأصل لفترة معقولة من الزمن ، ويقع ذلك في العمل في التقرير بالشراء من الغير (انظر في هذا المعنى جمال مرسى بدر في النيابة في التصرفات القانونية ص ١٦٠ - ص ١٦١ - وانظر المادة ١٦ من مشروع المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص - جمال مرسى بدر في دراسات حول هذا المشروع فقرة ٤١ - فقرة ٤٢) .

(١) ومن ثم يستطيع أن يسترد من تحت يد الغير الشيء الذي اشتراه (بودري وقال في الوكالة فقرة ٩٠٣ - پلانول وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص ٩٦١) .

(٢) أوبعد أن انتقلت إليه حياتها في المنقول (پلانول وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص ٩٦١) .

(٣) بودري وقال في الوكالة فقرة ٩٠٤ - پلانول وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص ٩٦١ .

(٤) پلانول وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص ٩٦١ .

(٥) نقض فرنسي ٢٢ فبراير سنة ١٨٥٨ دالوز ٥٨ - ١ - ١١٦ - پلانول وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص ٩٦١ .

الملكية . وإذا مات قبل أن يقوم بنقل ملكية المنزل إلى الموكل على الوجه الذى سنبينه ، انتقلت الملكية من الوكيل إلى ورثته ، ووجب على هؤلاء دفع ضريبة التركات^(١) .

وبالنسبة إلى دائى الوكيل المسخر ، يعتبر المنزل مملوكاً للوكيل ، فيجوز لهم التنفيذ عليه بحقوقهم . فإذا سجلوا التنييه بنزع الملكية قبل تسجيل السند الذى ينقل به الوكيل ملكية المنزل إلى الموكل ، استوفوا حقوقهم من ثمن المنزل في مواجهة الموكل نفسه^(٢) . ولما كان الوكيل المسخر ملتزماً بحكم الوكالة المسترة بنقل ملكية المنزل إلى الموكل ، فإنه لا يجوز لدائيه أن يطعنوا في هذا التصرف بالدعوى البولصية حتى لو كان الوكيل معسراً ، ذلك أن التزام الوكيل بنقل الملكية منذ تملك المنزل بنى حتماً نية تواطؤه مع الموكل للإضرار بحقوق الدائين . ونرى من ذلك أنه إذا كان الوكيل يعتبر مالكاً للمنزل ، فإن ملكيته هذه يقيد منها أنه ملتزم بنقلها للموكل منذ ثبوتها له .

§ ٢ - علاقة الموكل بالغير

٣١٥ - **حرم انصراف أثر التعاقد من حقوق والتزامات إلى الموكل :**
رأينا أن المادة ١٠٦ مدنى تقضى بأنه إذا لم يعلن الوكيل وقت إبرام

(١) نقض فرنسى ١١ أبريل سنة ١٨٧٧ سيرة ٧٧ - ١ - ٢٢٥ - ٢٦ يولييه سنة ١٨٨٠ سيرة ٨١ - ١ - ١٣٧ - ١٨ أغسطس سنة ١٨٨٤ سيرة ٨٥ - ١ - ٢٢٦ - ١٨ يولييه سنة ١٨٩٢ سيرة ٩٣ - ١ - ٥٤ - بلائيوى وريبير وسالفانييه ١١ فقرة ١٥٠٦ ص ٩٦٠ هامش ١ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٩١ (ويذهب إلى أنه يجوز لورثة المسخر أن يثبتوا أنهم لم يرثوا إلا ملكية ظاهرة وأنهم ملزمون بنقل الملكية للموكل ، فإذا أثبتوا ذلك لم يكونوا مدعين بدفع ضريبة التركات - وانظر أيضاً في المعنى الذى يقول به بودرى وقال : أوبرى ووبرى . إسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٥ هامش ٣٣) .

(٢) وكذلك لو كان الثمن الذى اشتراه الوكيل المسخر متقولاً وحجز عليه دائئوه قبل أن تنتقل ملكيته للموكل ، فإن للدائين أن ينفقوا على المتقول بحقوقهم حتى لو انتقلت ملكيته بعد ذلك للموكل . ويقضى التعتين الملف الإيطالى الجديد ، في المتقول ، بتقديم حق الموكل على حقوق الدائين لو كان للوكالة تاريخ ثابت سابق على تاريخ الحجز ، حتى لو كان الحجز متقدماً على انتقال ملكية المتقول للموكل . فتصنص المادة ١٧٠٧ من هذا التعتين على ما يأتى : « لا يجوز لدائى الوكيل التنفيذ على الأموال التى كسب الوكيل ملكيتها باسمه الشخصى تنفيذاً للوكالة ، إذا كانت الوكالة ثابتة التاريخ وسابقة على الحجز بالنسبة إلى الأموال المتقولة وإلى الحقوق (créances) ، أو إذا كان تسجيل سند إعادة نقل الملكية إلى الموكل أو تسجيل صحيفة الدعوى بالمطالبة بإعادة نقل الملكية سابقاً على الحجز بالنسبة إلى المقارنات والمتقولات المقيدة في السجل العام » . وانظر في هذا المعنى استئناف مخطوط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ - ١٧٨ - وانظر في التعتين الملف الإيطالى في هذه المسألة فلاتيه في المقود لحساب النير فقرة ١٣٧ ص ٢٣٧ هامش ١ .

العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الموكل دائماً أو مديناً . ولما كان الوكيل المسخر يتعاقد باسمه الشخصي لا بصفته نائباً عن الموكل ، فإن الحقوق والالتزامات التي تنشأ من تعاقداته لا تنصرف إذن إلى الموكل ، ولا يصبح هذا دائماً مباشرة أو مديناً للغير^(١) . ويستثنى من ذلك الحالتان اللتان تقدم ذكرهما ، وهما حالة ما إذا كان الغير يعلم أو من المفروض حتماً أن يعلم بوجود الموكل وقد قصد التعامل معه ، وحالة ما إذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل . ففي هاتين الحالتين تضاف الحقوق والالتزامات التي تنشأ من تعاقد الوكيل المسخر مع الغير إلى الموكل لا إلى الوكيل ، وقد تقدم تفصيل ذلك^(٢) .

٣١٦ - عزم انصراف الحقوق إلى الموكل : وفي غير هاتين الحالتين لا تنصرف الحقوق إلى الموكل كما سبق القول . فإذا سخر الموكل الوكيل في شراء منزل ، فإن الموكل لا يكون هو الدائن مباشرة للبائع بنقل الملكية وبالتسليم وبضمان الاستحقاق وبضمان العيب الخفية ، بل يكون الدائن هو الوكيل المسخر كما قدمنا . وكذلك إذا سخر الموكل الوكيل في بيع منزل ، فإن الموكل لا يكون هو الدائن مباشرة للمشتري بالثمن ، بل الدائن هو الوكيل المسخر وقد سبق ذكر ذلك^(٣) . على أن الموكل ، إذا لم يستطع الرجوع مباشرة بالثمن على المشتري ، يستطيع الرجوع عليه بالدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدينه وهو الوكيل المسخر^(٤) . ويستطيع الرجوع مباشرة بالثمن على المشتري ، عندما ينقل إليه الوكيل المسخر حقه قبل المشتري أو عندما يحل الموكل محل الوكيل في هذا الحق كما سيجيء ، وذلك دون الإخلال بحقوق الغير حسني النية^(٥) .

(١) نقض فرنسي ٤ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٩٠٣ - ١ - ١٧٣ - جوار فقرة ١٨ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٩٣ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣١١ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣١٢ .

(٤) استئناف مخطط ١٥ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٧١ - الإسكندرية المخططة أول ماير سنة ١٩٤٦ م ٦٠ ص ١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٩٦ - أوبري ورد وإسبان فقرة ٤١٥ ص ٢٢٣ .

(٥) وتدس الفقرة الثانية من المادة ١٧٠٥ من اللتقين الملحق بالإبطال الجديد في هذا المعنى حل ما يأتي : « لا يكون للغير علاقة بالموكل . ومع ذلك يجوز للموكل ، بحولته محل الوكيل ، أن يصرح

٣١٧ عزم انصراف الالتزامات إلى الموكل : كذلك لا تنصرف

إلى الموكل الالتزامات الناشئة من تعاقد الوكيل المسخر مع الغير^(١) . فإذا كان الوكيل قد سخر في شراء أو بيع ، فإن الموكل لا يكون هو المدين بالثمن في حالة الشراء ، ولا يتقل الملكية والتسليم والضمان في حالة البيع ، وإنما يكون المدين هو الوكيل كما قدمنا^(٢) . ولا يجوز للغير أن يتمسك بالمقاصة بين الحق الذي له في ذمة الوكيل ودين في ذمته للموكل^(٣) . وإنما يجوز للغير أن يرجع على الموكل بالدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدينه وهو الوكيل المسخر^(٤) ، كما يجوز له الرجوع بدعوى مباشرة على الموكل عند حلول هذا محل الوكيل ، أو حتى قبل هذا الحلول وتكون بمقدار ما عاد على الموكل من فائدة بموجب قواعد الإثراء بلا سبب^(٥) .

ولما كانت الالتزامات لا تنصرف إلى الموكل على الوجه الذي قدمناه ، فإنه لا يجوز للموكل التمسك على الغير بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة ، كما لا يجوز له الاعتراض على الحكم الصادر ضد الوكيل لمصلحة الغير اعتراض الخارج عن الخصومة ، وذلك لأن تصرف الوكيل لا يلزمه ، فليست له

= يستعمل الحقوق الناشئة من تنفيذ الوكالة ، دون أن يخل ذلك بالحقوق المحولة للوكيل بموجب نصوص المواد الآتية . - انظر في ذلك فلاليه في المقود لحساب الغير فقرة ١٦٧ ص ٢٣٧ هامش ١ . (١) فقض فرنسي ٣ مايو سنة ١٨٨٧ سريه ٩٠ - ١ - ٣٠٣ - ١٥ فبراير سنة ١٨٩٣ سريه ٩٣ - ١ - ١٢٨ بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٩٧ ص ٤٨٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٨ ص ٩٦٢ . (٢) انظر آنفاً فقرة ٣١٣ .

(٣) بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٩٧ ص ٤٧٥ - وإذا سخر الموكل الوكيل في ترتيب حق رهن رسمي على عقار ، فنقل للوكيل ملكية العقار لهذا الغرض ، ورثب الوكيل عليه حق الرهن الرسمي باسمه الشخصي ، فإن العقار يرتد للموكل مثقلاً بالرهن ، ولا يجوز للموكل الاحتجاج بعدم رسمية سند التوكيل المستر باعتباره توكيلاً في رهن رسمي فيجب أن يكون رسمياً . ذلك أن الموكلاً ، عند ما يسترد العقار مثقلاً بالرهن ، يسترده بوصفه حائزاً للعقار لا بوصفه موكلاً في رهن رسمي ، ومن ثم يجوز له التطهير (قارن في هذه المسألة بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٨ ص ٩٦٢) .

(٤) استئناف غنتلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٦٥٨ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٩٩ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٣ .

(٥) باريس ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ دالوز ١٩٣٢ - ٢ - ٨٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٨ ص ٩٦٢ .

مصلحة لا في التحسك بمجاوزة حدود الوكالة ولا في الاعتراض على الحكم الصادر ضد الوكيل^(١)

٣١٨ - **علاقة الموكل بأغيار آخرين** : وكما تقوم العلاقة بين الوكيل المسخر وأغيار آخرين بخلاف الغير الذي يحجر للتعاقد معه ، كذلك تقوم العلاقة بين الموكل وأغيار آخرين . من هؤلاء دائنو الموكل ، ودائنو الوكيل ، والأشخاص الذين يتصرف لهم الوكيل فيما اشتراه بطريق التسخير .

فبالنسبة إلى دائني الموكل ، نفرض أن الوكيل يخر في شراء منزل لحساب الموكل أو أنه يخر في بيعه . فإذا سخر الوكيل في شراء منزل ، اعتبر المنزل مملوكاً له ، ولكن هذه الملكية مقيدة بالتزامه بنقلها للموكل منذ ثبوته له كما قدمنا^(٢) . فباعثار المنزل مملوكاً للوكيل لا يجوز للدائني الموكل أن ينفذوا عليه ، ولكن باعتبار الوكيل ملتزماً بنقل ملكية المنزل للموكل يجوز لهؤلاء الدائنين أن يطالبوا الوكيل بتنفيذ التزامه عن طريق الدعوى غير المباشرة باسم الموكل . فإذا انتقلت ملكية المنزل إلى الموكل جاز للدائنين أن ينفذوا عليه . وإذا تعارض دائنو الموكل مع دائني الوكيل ، فقد قدمنا أن دائني الوكيل يستطيعون ، إذا سجلوا التنية بزرع الملكية قبل تسجيل السند الذي ينقل به الوكيل ملكية المنزل إلى الموكل ، أن يستوفوا حقوقهم من ثمن المنزل في مواجهة الموكل نفسه^(٣) . فيستطيعون إذن أن يستوفوا حقوقهم في هذه الحالة من ثمن المنزل في مواجهة دائني الموكل : لأن ما يستطيعونه في مواجهة الموكل يستطيعونه في مواجهة دائنيه إذ أن هؤلاء إنما يستمدون حقهم من الموكل . أما إذا سخر الوكيل في بيع منزل ، ونمهداً لذلك نقل إليه الموكل ملكية المنزل . فإن للدائني الموكل أن يطعنوا في هذا التصرف بالدعوى البولصية إذا أثبتوا أن هناك تواطؤاً بين الموكل والوكيل على الإضرار بحقوقهم^(٤) . ولا يجوز لهم

(١) استئناف تخطيط ١٦ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٠ - نقض فرنس ٢٥ يناير سنة ١٨٦٤ دالوز ٦٤ - ١ - ٢٨٢ - ٣٠ يناير سنة ١٩٣٤ سيرة ١٩٣٥ - ١ - ١٣٧ - باريس ٢٥ فبراير سنة ١٩٥٣ المجلة العامة للقوانين البري ١٩٥٣ - ١٥٢ - أوبري ورو وإسبان ١ فترة ١٠ ص ٢٠٣ - بلانويك وريبير وسافاتييه ١١ فترة ١٥٠٨ ص ٩٦٢ .

(٢) انظر آنفاً فترة ٣١٤ .

(٣) انظر آنفاً فترة ٣١٤ .

(٤) والدائنين كذلك أن يطعنوا في التصرف بالصورية دون حاجة لإثبات الرطانة (بلانويك وريبير وسافاتييه ١١ فترة ١٥٠٨ ص ٩٦٢) .

الطعن بالدعوى البولصية إذا باع الوكيل المنزل للغير تنفيذاً لوكالته ، إلا إذا أثبتوا أن هذا الغير كان هو أيضاً متواطئاً مع الوكيل .

وبالنسبة إلى دائني الوكيل ، قدما أن الموكل يستطيع استخلاص المنزل منهم إذا هو سجل سند نقل ملكية المنزل إليه من الوكيل قبل أن يسجل هؤلاء الدائنون التنييه بنزع الملكية^(١) . وإذا أفلس الوكيل ، فإن كان إفلاسه قبل أن تنتقل ملكية المنزل إلى الموكل ، كان هذا الأخير دائناً للتفليسة شأنه في ذلك شأن سائر دائني الوكيل . أما إذا انتقلت ملكية المنزل إلى الموكل قبل شهر الإفلاس ، فإن الموكل يستطيع استرداده من التفليسة باعتباره مملوكاً له^(٢) .

وبالنسبة إلى من تصرف له الوكيل في المنزل الذي اشتراه بطريق التسخير ، فإن الموكل يستطيع أن يضمن في هذا التصرف بالدعوى البولصية باعتباره دائناً للوكيل إذا هو أثبت تواطؤ الوكيل مع المتصرف له إذا كان التصرف بعوض ، ودون حاجة لإثبات التواطؤ إذا كان التصرف تبرعاً ، وذلك طبقاً للقواعد المقررة في الدعوى البولصية^(٣) .

§ ٣- علاقة الوكيل المسخر بالموكل

٣١٩- تمهيد هذه الصوفة - إثبات الوثائق المسترة : تقوم علاقة الوكيل المسخر بالموكل على الوكالة المسترة التي عقدها معاً ، وليس في هذا إلا تطبيق لقواعد الصورية إذ الوكالة المسترة هي العقد الحقيقي الذي يسرى في العلاقة ما بين المتعاقدين . وهذه الوكالة تجعل كلا منهما مرتبطاً بالآخر ارتباط الوكيل بالموكل . ولما كان الوكيل يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي فيصرف أثر التعاقد إليه كما قدما ، فإن الوكالة المسترة تقضي بنقل هذا

(١) انظر آنفاً فقرة ٣١٤ .

(٢) قارن بودوي وقال في الوكالة فقرة ٨٩٠ .

(٣) أما التفتين المدف الإيصال الجديد فيجوز للموكل أن يسترد المنقول الذي اشتراه الوكيل عليه ، إلا إذا ثبت لحائز حسن لنية حق على هذا المنقول . فنص المادة ١٧٠٦ من هذا التفتين على أنه « يجوز للموكل أن يسترد الأشياء المنقولة التي حلكها الوكيل باسمه الشخصي لحساب الموكل ، مع عدم الإخلال بالحقوق التي كسبها الغير بموجب الحيازة بحسن نية » . انظر في التفتين المدف الإيصال ثلاثين في العقود لحساب الغير فقرة ١٦٧ ص ٢٢٧ هلمش ١ .

فلتزم الوكيل بأن ينفذ الوكالة في حدودها المرسومة . وبالعناية الواجبة تبعاً لما إذا كانت الوكالة بأجر أو كانت غير مأجورة . ويلتزم بأن يقدم حساباً للموكل^(١) . وبأن يوافيه بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة . ويلتزم أخيراً برد ما للموكل في يده إليه^(٢) . وسرى أنه يلتزم كذلك بنقل الحقوق التي عقدها باسمه إلى الموكل كما يلتزم هذا الأخير بحمل الالتزامات التي عقدها الوكيل . ولما كان العقد الذي يربط الطرفين أحدهما بالآخر هو عقد وكالة ، فإن ما يقع في يد الوكيل للموكل بسبب هذه الوكالة يكون أمانة في يده ، فإذا أخذه لنفسه كان مبدأ^(٣) . وقد سبق بيان كل ذلك .

== وتنشئ هذه العلاقة بالأسباب التي تنشئ بها الوكالة ، وسرى أن الوكالة تنشئ بأسباب منها موت الوكيل أو موت الموكل أو عزل الوكيل أو تنحيه عن الوكالة (انظر في أسباب انتهاء عقد التصغير بودرى وقال في الوكالة فقرة ٩٠٦ - أويرى ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٤) . ويرتب على ذلك أن المسخر في المصومة إذا مات أو عزل أو تنحى انتهت الوكالة : وحل الموكل محل الوكيل دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات التدفيع في الدعوى (نقض فرنسي ١٨ أكتوبر سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤ - ١ - ١٧ (١) - باريس ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٦ جازيت دي پاليه ١٩٤٧ - ١ - ١١٠) . وتعتبر الإجراءات التي تمت قبل الموت أو العزل أو التنحي صحيحة (نقض فرنسي ٣٠ يناير سنة ١٩٣٤ سيرييه ١٩٣٥ - ١ - ١٣٧ - أنسيلكوليدى دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٩١٨ - فقرة ٩١٩) . وإذا مات الموكل انتهى عقد التصغير ، ولم يحز به ذلك المسخر أن يتصرف (استئناف مخطط ١٢ يوفيه سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٨) . ويجوز للموكل أن يعزل المسخر ، حتى لو كان بأجر (استئناف مخطط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ١٠) . ولو سخر شخص شخصاً آخر في قبض حق له تحول له تحويل تسخير ، جاز للموكل أن يعزل المسخر قبل أن يقبض الحق المحال به (استئناف مخطط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٩) .

(١) بل إن الوكيل المسخر إذا أناب عنه وكيل ، وكان هذا الوكيل يعلم صفة موكله وأنه وكيل مسخر ، فإن علاقة مباشرة تنشأ بين نائب الوكيل المسخر والموكل ، ويلتزم الأول بتقديم حساب لثاني ، ولا تكوى المخالصة التي يعطيها الوكيل المسخر لثاني حجة على الموكل (استئناف مخطط ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٥) .

(٢) لوران ٢٨ فقرة ٧٦ - جيوار فقرة ٢١ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٩٢ .

(٣) (نقض فرنسي ١٨ نوفمبر سنة ١٨٨٢ سيرييه ٨٤ - ١ - ٢٩٩ - ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ سيرييه ١٩٠٣ - ١ - ١٧٤ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٩٠ - وقد قضت محكمة النقض أن من يبيع اسمه ليس إلا وكيلاً عن أعاره ، وحكم هو حكم كل وكيل من حيث ما يجب عليه من رعاية حق موكله وحفظه ، ومن حيث مسئوليته إذا أغل بالثأر وغصب هذا الحق أو أضاف عليه . ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء ، إلا من ناحية أن وكالته مستمرة ، فكان الشأن شأنه في الظاهر مع كونه في الواقع شأن الموكل ، أما غيره من الوكلاء فوكالته سافرة الشأن فيها للموكل . ظاهراً وباطناً (نقض مدني ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٦ ص ٤٤٥) .

ويلزم الموكل بأن يدفع الأجر إذا كانت الوكالة مأجورة ، وبأن يرد المصروفات التي أنفقها الوكيل في شؤون الوكالة ، وبأن يعرض الوكيل عن الضرر الذي أصابه بسبب تنفيذ الوكالة^(١) . وقد سبق تفصيل هذه الالتزامات .

٣٢١ - نقل الحقوق والالتزامات من الوكيل المسخر إلى الموكل :

وعلى الوكيل المسخر أن ينتقل إلى الموكل الحقوق التي كسبها باسمه ، كما أن على الموكل أن يبرئ ذمة الوكيل المسخر مما عقده باسمه من الالتزامات . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني يتضمن نصين في هذا المعنى ، فكانت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٠ من هذا المشروع (م ٧٠٥ مدني) تنص على ما يأتي :

« وعليه (الوكيل) أن يرد للموكل كل ما كسبه لحسابه بتنفيذ الوكالة ، حتى لو كان يعمل باسمه . وعليه بوجه خاص ، أن ينتقل للموكل ما كسبه من حقوق وهو يعمل باسمه لحساب الموكل »^(٢) . فحذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة لعدم ضرورتها^(٣) ، والظاهر أن سبب الحذف هو الاكتفاء بالقواعد

(١) وقد قفست محكمة استئناف مصر بأن الصافي على التفسير في عمل شيء باسم المسخر وحساب المسخر ومن غير أن يظهر اسم هذا الأخير في هذا الصل مع الغير هو تعاقب صحيح قانوناً لعدم مخالفته لقانون ولا النظام العام . وفي هذه الحالة يكون المسخر وكيل المسخر ، وتكون العلاقة القانونية بينهما علاقة وكيل بموكل تدرى عليها أحكام الوكالة . فالدعوى التي يرفعها المسخر بمطالبة المسخر بما دفعه خلتها تقدر قيمتها بجميع المبلغ المدفوع من الوكيل بصرف النظر عن قيمته الأصلية ، لأن الموكل ملزم قانوناً بأداء ما دفعه الوكيل لحسابه مع فوائده (استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٦٦ ص ١٤٤) .

وانظر أيضاً : نقض فرنسي ٨ مايو سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ٣٤٨ - ٣ مايو سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ - ١ - ٥٦٧ - ٣٠ يناير سنة ١٩٠٣ سوريه ١٩٠٣ - ١ - ١٧٤ - ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٤٢٨ - ٤ جيوار فقرة ٢٦ - بودري قال في الوكالة . فقرة ٨٩٢ .

والمسخر في الدعوى إذا حصل على حكم لصالحه يلزمه بنقله إلى الموكل مقابل دفع رسوم الحكم ، ولا يجوز له حجه حتى يستوفى أجره من الموكل (استئناف مخطوط ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٧٧) .

(٢) وقد جاء في الفكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص : « وما كسبه الوكيل لحساب الموكل يجب رده إليه ، حتى لو كان الوكيل اسماً مستعاراً يعمل باسمه الشخصي . وينطبق ذلك بنوع خاص على الحقوق التي كسبها الوكيل لنفسه في العقود التي أبرمها باسمه لحساب الموكل . فيجب أن ينزله له عنها » (مجموعة الأعمال التفسيرية ص ٢٠٧ - ص ٢٠٨) .

(٣) مجموعة الأعمال التفسيرية ص ٢٠٤ - وانظر أيضاً فقرة ٢٦٥ من الماشي .

العامه . وكانت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٥ من المشروع التمهيدي (م ٧١٠م مدني) تنص على ما يأتي : « ويلتزم الموكل ، إلى جانب ذلك ، أن يبرئ ذمة الوكيل مما عقده باسمه الخاص من التزامات ، تنفيذاً للوكالة تنفيذاً معتاداً »^(١). فحذفت هذه الفقرة أيضاً في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليها^(٢)، والظاهر أن سبب الحذف هنا أيضاً هو الاكتفاء بتطبيق القواعد العامة .

والقواعد العامة تقضي بأن يلتزم الوكيل أو ورثته بنقل الحقوق التي كسبها باسمه الشخصي لحساب الموكل إلى هذا الأخير^(٣)، وتقضي بأن يلتزم الموكل أو ورثته بتحمل الالتزامات التي عقدها الوكيل باسمه الشخصي لحساب الموكل^(٤). ويتم نقل الحقوق وتحمل الالتزامات ، بالنسبة إلى الغير ، إما بعقد جديد يصدر من الوكيل إلى الموكل بنفس مشتملات العقد الأول ، وشروطه فتنتقل بموجبه الحقوق والالتزامات من ذمة الوكيل إلى ذمة الموكل ويصبح الموكل دائئاً للوكيل بالحقوق ومديناً بالالتزامات^(٥) ، وإما بأن يحل

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في صدد هذا النص : « أما الالتزامات التي عقدها الوكيل باسم الموكل فهي تنصرف إليه مباشرة ، والتي عقدها باسمه الشخصي يلتزم الموكل بإبراء ذمته منها ، كما يلتزم الوكيل بنقل ما كسبه من الحقوق إلى الموكل فيما تقدم » (مجموعة الأعمال التشريعية ٥ ص ٢٢٣) .

(٢) مجموعة الأعمال التشريعية ٥ ص ٢١٨ - وانظر أيضاً فقرة ٢٨٥ في المامش .

(٣) الإسكندرية اختلطة أول مايو سنة ١٩٤٦ م ٦٠ ص ١ - نقض فرنسي ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ سيري ٧٣ - ١٩٠٣ - ١٧٤ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٤ - وانظر في أنه إذا حصل الوكيل بالعمولة (وهو في مقام الوكيل المسخر) المبلغ موضوع البروتست لحساب موكله ، فإن هذا المبلغ يصبح واجب الأداء للموكل : نقض مدني ٢ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة محر ٤ رقم ١٠٦ ص ٢٧٤ .

(٤) وذلك حتى قيل أن تصبح هذه الالتزامات مستحقة الأداء (نقض فرنسي ٨ مايو سنة ١٨٧٢ سيري ٧٣ - ١ - ٣٦٦ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٤) . وقد قضت محكمة النقض بأن الوكيل إذا تعامل باسمه مع الغير ، فهذا لا يغير من علاقته بالموكل ، وإذا حرر عقد الشراء باسمه تنفيذاً للوكالة ، ألزم الموكل بدفع الثمن للوكيل مقابل نقل تكليف المشتري من اسمه إلى اسم الموكل (نقض مدني ١٥ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة محر ٤ رقم ٤٨ ص ١٣١) .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى أثبت الحكم أن البيع الصادر من مصلحة الأملاك إلى سيده إنما تم على أساس الطلب المقدم منها ، والتي دلت ورقة الضد المؤرخة في ذات تاريخه على أنه قدم في الواقع لمصلحة زوجها ولحسابه ، فلا يكون لما أن تسجيل بأية وسيلة لاستثمار بالعقبة لنفسها من دونه . ويجب أن ترد الأمور إلى نصائبها الصحيح بغضد ورقة الضد الضمنية على الإقرار الصحيح بأن الشراء كان لزوجها ، أن ظهورها هي كثرية لم يكن إلا سورياً . وإذن فالملكية =

الوكيل الموكل محله في العقد الذي أبرمه مع الغير ويشترك الغير في هذا الإحلال فيصبح الموكل هو الدائن للغير بالحقوق والمدين له بالالتزامات^(١). فلو سخر الوكيل

« في حدود العلاقة بين السيدة هذه وبين زوجها وورثته من بعده تكون لم تنتقل إليها وحلها ، بل إليها مع باقي الورثة . أما بينها وبين مصلحة الأملاك البائنة ، فالأمر يختلف (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٤ ص ٦٦٤) .

وقد علق الأستاذ محمد حامد فهمي على هذا الحكم بما يأتي : « هذا قطعت المحكمة بأن المتعاقدة ، متى كان معبراً اسمه لغيره ، فهو في خصوص علاقته بالأصيل المستتر وكيل مثل كل الوكلاء . وكل الحقوق وكل الواجبات المتولدة عن العقد إنما تكون للموكل أو عليه ، وإن يكن هذا الوكيل هو وحده صاحب الحقوق والمألزم بالواجبات في علاقته مع المتعاقدة معه أومع الغير عن عدا الموكل . وكذلك قطعت المحكمة - فيما أثاره الطاعن - بأن هذا الوضع لا يتغير إذا كان العقد تصرفاً في عتار ، وبأن تسجيل البيع الصادر للوكيل المبرر اسمه ينتقل الكمية إلى الأصيل المستتر . فإن أريد الاحتجاج بملكية الأصيل في حق غير الوكيل ، وجب منهلة - ولتحقيق هذا الفرض وحده - إصدار تصرف جديد إلى الأصيل وتسجيله . وتعتبر خزائنة القولة من الغير في هذا الصدد ، ولذلك يكون من حقها أن تتبرر المال المتصرف فيه في ملك الوكيل المبرر اسمه وتفرض عليه ضريبة التركات إذا مات من قبل أن يقر به للأصيل ، وأن تتبرر إقرار الوكيل بملكية الأصيل تصرفاً ناقلاً للملكية وتحصل عنه رسوم التسجيل » (مجموعة عمر ٥ ص ٦٦٦ هامش ١) .

ويتبين إذن من حكم محكمة النقض - منظوراً إليه في ضوء هذا التعليق - أن تسجيل البيع الصادر للوكيل المسخر ينتقل للملكية مباشرة من الغير إلى الموكل المستتر في العلاقة ما بين الوكيل والموكل . أما بالنسبة إلى الغير ، فلا بد من بيع جديد يصدر من الوكيل الموكل ويسجل . وقد أبدت محكمة النقض حكمها السابق بحكم آخر (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٦١ مجموعة عمر ١٢ رقم ١١٨ ص ٧١٣) .

(١) استئناف غنتخل ١٩ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠١ - نقض فرنسي ١٥ فبراير سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٧ - ١ - ٩١ - أوبري ورو وإيمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٤ - ٢٠٥ - بيدان ١٢ فقرة ٤١١ - بلانيول وريير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٨ - بلانيول وريير وبولانييه ٢ فقرة ٣٠٤١ - جوران ٢ فقرة ١٤٣٧ - فلانيه في المقود حساب الغير ص ٢٤٥ - ٢٤٦ - أنيسكلويد دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٤١٤ .

ويجوز تطبيق قواعد الصورية في التفسير ، فيجوز للغير ، إذا كان لا يعلم بالتفسير وقت التعاقد مع المسخر ثم علم به بعد ذلك ، أن يملن فيه بالصورية فيكشف بذلك عن الحقيقة وموادها أن المسخر ليس إلا وكلاء عن الأصيل المستتر ، فيصرف أثر العقد إلى هذا الأخير كما في الوكالة الثابتية (نقض فرنسي ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ دالوز ١٨٩٢ - ١ - ٢٣٨ - جوران ٢ فقرة ١٤٣٧ ص ٧٨١) . كذلك إذا كان للغير يعلم بالتفسير وقصد أن يتعامل مع الموكل ، فقد قدما أن أثر العقد ينصرف إلى هذا الأخير (انظر آنفاً فقرة ٣١١) ، أما إذا كان الغير يعلم بالتفسير ولكنه قصد أن يتعامل مع الوكيل المسخر لابع الموكل ، فإن أثر العقد ينصرف إلى الوكيل (انظر آنفاً فقرة ٣١١ - بيدان ١٢ فقرة ٢٣٨ - ٢ - ٣٠ - أنيسكلويد دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٤١٤ - فقرة ٤١٥) .

وهناك آراء ذهب إلى تقريب وكالة المسخر من الوكالة الثابتية ، فتقيم علاقة مباشرة بين الغير -

في شراء أرض ، فإن ملكية الأرض تنتقل أولاً من البائع إلى الوكيل المسخر ، ثم تنتقل بعد ذلك من الوكيل المسخر إلى الموكل ^(١) . ويجب إذن دفع رسوم نقل الملكية مرتين ، المرة الأولى عند نقلها إلى الوكيل المسخر ^(٢) ، والمرة الثانية عند نقلها إلى الموكل ^(٣) . كذلك ينشأ الحق في الأخذ بالشفعة مرتين ، المرة الأولى في البيع الذي صدر من البائع للوكيل المسخر ، والمرة الثانية في البيع الذي صدر من الوكيل المسخر للموكل . ويستطيع الموكل أن يجبر الوكيل قضاءه بنقل الحقوق إليه ، كما يستطيع الوكيل أن يجبر الموكل قضاءه بتحمل الالتزامات عنه ، وذلك طبقاً للقواعد العامة ^(٤) . ولا يكون لنقل الحقوق والالتزامات من الوكيل إلى الموكل أثر رجعي ^(٥) ، فيعتبر النقل قد تم من وقت حصوله بين الوكيل والموكل لا من وقت تعاقد الوكيل مع الغير .

الموكل ، وتعتبر الموكل هو صاحب الحق المباشر تجاه الغير دون أن يتلى هذا الحق من الوكيل المسخر ، ولكن الوكيل المسخر يبق كثيراً الموكل قبل الغير (ليريبور بيجونير فقرة ١٠١ ص ٢٢٢) . ومن هذه الآراء ما يسلم بأن استناد المقتضى إلى الإرادة يقتضي ألا تقوم علاقة مباشرة ما بين الموكل والغير ، فقد أراد أصحاب الشأن أن تقوم علاقة ما بين الموكل والوكيل وأتبعوا ما بين الوكيل والغير ، دون أن تنجم العلاقة إحداهما بالأخرى ، أما إذا استند المقتضى إلى المذهب الاقتصادي المقصود (but économique viable) ، فإن الملتحقين تندرجان إحداهما في الأخرى ، ويرجع الموكل مباشرة حل الغير (انظر في هذا المقتضى فلاتيه في العقود لحساب الغير ص ٢٤٤ - ص ٢٤٧) .

(١) فلاتيه في العقود لحساب الغير ص ٢٤٤ - وإذا عقد الوكيل المسخر صلحاً مع الغير ، وعلم هذا الأخير بصفة الوكيل المسخر ، وجب أن يتحقق من أن الوكالة المستمرة الصادرة للوكيل تشمل الصلح (استئناف مخطط ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٥٠) .

(٢) انظر أيضاً فقرة ٣١٤ .

(٣) نقض فرنسي ٢٢ فبراير سنة ١٨٦٩ ميره ٦٩ - ١ - ١٨٤ - ١١ أبريل سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٧ - ١ - ١٩٩ - ١٠ فبراير سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٧ - ١ - ٩٢ - يوردي وقال في الوكالة فقرة ٨٩١ - ٤٧٢ - بلازيون وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١٥٠٦ ص ٩٠ .

(٤) وقد قضى تطبيقاً لذلك أنه لا يوجد ما يمنع الموكل من أن يطالب بدموى أصلية وكيله المسخر ، الذي صدر حكم لصالحه تنفيذاً لعدم التفسير ، أن ينتقل إليه هذا الحكم . ويجوز أيضاً للموكل أن يتدخل في التوزيع ليحل محل الوكيل المسخر ، ولكن يجب أن يتدخل الوكيل في الدفوع (استئناف مخطط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٠) .

(٥) وقد تقدم أنه طبقاً لقضاء محكمة النقض يتم نقل الملكية من الغير إلى الموكل - في العلاقة فيما بين الوكيل والموكل - بمجرد تسجيل التصرف الذي عقده الوكيل مع الغير (نقض مذهب ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجسومة عمر ٥ رقم ٣٤٤ ص ٦٦٤ وتطبيق الأستاذ محمد حامد نهسي - وانظر أيضاً نفس الفقرة في الهامش) .

وإذا نقل الوكيل الحقوق إلى الموكل ، فالأصل أنه يضمن للموكل تنفيذها ، أي أنه يضمن يسار الغير ، لأن المفروض أن الموكل لم يرض بالغير مديناً بدلاً من الوكيل إلا على هذا الشرط . ولكن يجوز الاتفاق على غير ذلك ، وعلى ألا يضمن الوكيل للموكل إلا وجود الحق في ذمة الغير طبقاً للقواعد المقررة في حوالة الحق^(١) . وإذا تحمل الموكل بالتزامات بدلاً من الوكيل ، فالأصل أن يبقى الوكيل ضامناً للغير يسار الموكل ، لأن المفروض هنا أيضاً أن الغير لم يرض بالموكل مديناً بدلاً من الوكيل إلا على هذا الشرط ، ولكن يجوز الاتفاق على غير ذلك ، وعلى ألا يضمن الوكيل للغير إلا يسار الموكل وقت إقرار الغير للحوالة طبقاً للقواعد المقررة في حوالة الدين .

(١) أما التفتين المفق الإيطالي الجديد فقد عكس الحكم ، إذ تضمنت المادة ١٧١٥ من هذا التفتين على ما يأتي : « لا يكون الوكيل الذي يتعاقد باسمه الشخصي مسئولاً عن الموكل من عدم تنفيذ الغير الذي تتعاقد معه للالتزامات التي متعدها هذا الأخير ، إلا إذا كان إيسار الغير قائماً أو يجب أن يكون قائماً وقت التعاقد معه ، وهذا كله ما لم يوجد شرط يخالفه » . انظر في التفتين المذهب الإيطالي في هذه المسألة لتلافي في العقود لحساب الغير بقرة ١٦٧ ص ٢٣٧ حاشي ١ .

الفصل الثالث

انتهاء الوكالة

٣٢٢ - نص قانوني : تنص المادة ٧١٤ من التقنين المدني على ما يأتي :
« تنهى الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه ، أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة :
وتنتهى أيضاً بموت الموكل أو الوكيل »^(١) .
ويقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٥٢٩/٦٥٠^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادة ٦٨٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧١٤ . وفي التقنين المدني العراقي
المادة ٩٤٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٨٠٨ - ٨٠٩^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق
لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٦ في المشروع
النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٤ (مجموعة
الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠) .

(٢) التقنين المدني القديم م ٥٢٩/٦٥٠ : ينتهى التوكيل بالزول وبإتمام العمل الموكل فيه
وبزول الوكيل نفسه وإعلان الموكل وبموت أحدهما . (وأحكام التقنين المدني القديم تتفق
مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٨٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧١٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٤٦ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٨٠٨ : تنتهى الوكالة : أولاً - بانتهاء العمل الذى أصحبت

لأجله . ثانياً - بتحقيق شريطة الإنهاء أو بحلول الأجل المعين للوكالة . ثالثاً - بزول الموكل أو الوكيل .
رابعاً - ببدول الوكيل عن الوكالة . خامساً - بوفاة الموكل أو الوكيل . سادساً - بحدوث تغيير
في حالة الموكل أو الوكيل يقضى إلى فقدانه الأهلية الشرعية لاستعمال حقوقه ، مثل الحجر وإعلان
الإنفلاس ، ما لم يكن موضوع الوكالة من الأعمال التى يمكن إتمامها بالرغم من ذلك التغيير .
سابعاً - باستحالة التنفيذ الناشئة عن سبب ليس له علاقة بمشينة الطرفين المتعاقدين .

٣٣٣ - أسباب انتهاء الوكالة : ويتبين من النص مالف الذكر أن الوكالة تنتهى بأسباب مختلفة ، يمكن تقسيمها إلى فئتين :

أولاً - أسباب ترجع إلى القواعد العامة : ومن هذه الأسباب ما تنهى به الوكالة انتهاء مألوفاً عن طريق تنفيذها ، وهذه هى إتمام العمل محل الوكالة ، وانقضاء الأجل المعين لها . ومنها ما تنتهى به الوكالة قبل التنفيذ ، من ذلك استحالة التنفيذ ، والإفلاس ونقص الأهلية ، والفسخ وتحقق الشرط الفاسخ .

ثانياً - أسباب خاصة بعقد الوكالة : وهذه ترجع إلى خاصتين من خصائص هذا العقد . أولها أن الوكالة يتقلب فيها الاعتبار الشخصى ، ويترتب على ذلك أنها تنتهى بموت الوكيل وموت الموكل . والثانية أن الوكالة عقد غير لازم ، ويترتب على ذلك أنها تنتهى بعزل الوكيل وكذلك بتنجيح عن الوكالة .

٣٣٤ - الأخطار التى تترتب على الوكالة بعد انتهاءها - نص قانونى : وأياً كان السبب الذى تنتهى به الوكالة ، فإن هناك أحكاماً تترتب عليها بعد انتهائها ، نذكر منها ما يأتى :

أولاً - تنتهى الوكالة بأثر رجعى ، فتبقى الآثار التى رتبها وقت أن كانت قائمة ، ولا تزول هذه الآثار بزوالها^(١) . فإذا انتهت الوكالة بموت الوكيل أو بعزله مثلاً ، فإن التصرفات القانونية التى باشرها الوكيل قبل الموت أو العزل تبقى قائمة منتجة لآثارها وفقاً لقواعد الوكالة^(٢) . ويلتزم الموكل بدفع أجر الوكيل إلى وقت انتهاء الوكالة^(٣) ، ويرد المصروفات التى أنفقها الوكيل وقت

٨٠٩ م : إن الوكالة المطاعة من شخص معنوى أو شركة تنتهى بزوال هذه الشركة أو ذاك الشخص . (وأحكام التفتيش البتاني تتفق مع أحكام التفتيش المصرى) .

(١) نفى لفرسى ٢ يولييه سنة ١٩٠٠ حالوز ١٩٠٢ - ١ - ١٨٨ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٦٣ وما يملها - بلانويل وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٨ ص ٩٣٣ .

(٢) بلانويل وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٨ ص ٩٣٣ .

(٣) ولا يتقاضى الوكيل أجراً بعد ذلك ، حتى لو استمر فى تنفيذ الوكالة (لوران ٢٨ فقرة ٢٨ - جيوار فقرة ١٦٧ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٦٣) ، وذلك ما لم يكن يجهل انتهاء الوكالة فإنه يبق وكيلاً ويتقاضى الأجر حتى يعلم بانتهائها .

أن كانت الوكالة قائمة وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن^(١)، ويتعويض الوكيل عن الضرر الذي أصابه بسبب تنفيذ الوكالة قبل انتهائها - وكذلك يلزم الوكيل أوورثته ببذل العناية الواجبة فيما قام بتنفيذه من أعمال الوكالة، ويتقدم حساب عن هذه الأعمال، ويرد ما تحت يده للموكل بسبب الوكالة^(٢).

ثانياً - لا تنتهي الوكالة بمجرد تحقق سبب انتهائها، بل يجب أن يعلم الوكيل بسبب الانتهاء، فتنتهي من وقت هذا العلم. وسنرى، تطبيقاً لذلك، أن الوكالة لا تنتهي بموت الموكل أو بيزل الوكيل إلا إذا علم الوكيل بالموت أو باليزل. وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني يتضمن نصاً في هذا المعنى، فكانت الفقرة الأولى من المادة ٩٩٥ من هذا المشروع تنص على أن "تعتبر الوكالة قائمة في جانب الوكيل، حتى لو كانت قد انتهت، مادام لا يعلم بانتهائها"^(٣). وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة دون أن يذكر سبب حذفه، ويغلب أن يكون ذلك راجعاً للاكتفاء بالقواعد العامة^(٤). وحتى لو علم الوكيل بانتهاء الوكالة وتعامل بعد ذلك باعتباره وكيلًا مع شخص حسن النية توهم استمرار الوكالة بسبب مظهر خارجي لها منسوب للموكل، فإنه

(١) سواء كانت الوكالة غير مأجورة أو كانت مأجورة (نقش فرنسي ٢٦ يونيو سنة ١٨٩٠ بالندبكت ٩١ - ١ - ٧٩ - جيوار فقرة ٢٢٥ - بودي وفال في الوكالة فقرة ٨٦٤). ولا يسترد الوكيل المصروفات التي أنفقها في إقامة أجهزة ومعدات لحسابه الخاص ولو أنماها من أجل تنفيذ الوكالة (نقش فرنسي ١٨ يوليو سنة ١٨٩٢ سيرة ٩٢ - ١ - ٣٣٧ - بودي وفال في الوكالة فقرة ٨٦٤). ويسترد المصروفات التي أنفقها بعد انتهاء الوكالة إذا استمرت الوكالة تنتج آثارها، كما إذا كان الوكيل لم يعلم بانتهائها أو كان ملتزماً بأن يعمل بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تصرغ معها للطف وفقاً لأحكام المادة ٧١٧ مدني كما سنرى (بودي وفال في الوكالة فقرة ٨٦٥ ص ٤٥٩).

(٢) ويكون للوكيل حق الحبس حتى يستوفى حقوقه قبل الموكل (بودي وفال في الوكالة فقرة ٨٦٦).

(٣) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في صدد هذا النص: "على أنه مهما كان السبب في انتهاء الوكالة، فإدام الوكيل لا يعلم بانتهائها فهي قائمة حتى يعلم، كما إذا عزل الموكل الوكيل ولم ينظره بذلك، أو مات الموكل ولم يعلم الوكيل بموته" (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٣٥). وقد نصت الفقرة الثالثة من التقنين المدني الليبي في هذا المعنى على ما يأتي: "وتد صحبة قبل الموكل أوورثته الأعمال التي قام بها الوكيل قبل علمه بانتهائها. الوكالة".

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٣٣ - ص ٢٣٤ في الهامش، وانظر أيضاً فقرة ٣٠٩ للشرط الثاني.

يختلف عن الوكالة الحقيقية وكالة ظاهرة تنتج نفس آثار الوكالة الحقيقية بالنسبة إلى الغير حسن النية ، وفقاً للقواعد التي سبق تفصيلها في الوكالة الظاهرة^(١) .

ثالثاً - تنص المادة ٧١٧ من التقنين المدني على ما يأتي : « ١ - على أي وجه كان انتهاء الوكالة ، يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تعرض معها للتلف . ٢ - وفي حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل ، يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم ، وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل »^(٢) . والمفروض هنا أن الوكالة لم تنته بإتمام العمل

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠٦ - فقرة ٣٠٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٩٦ من المشروع النهائي مل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٨ ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٧ (مجموعة الأعمال التشريعية - ص ٢٣٦ - وص ٢٢٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٦٤٠/٥٢٢ : لا يجوز للوكيل أن يزل نفسه من الوكالة في وقت غير لائق . ويجب عليه إذا انتهى توكيله بأي صورة غير زله من الموكل عزلاً بطلب أن يحمل الأعمال التي بدأها في حالة تقيا من الاضطراب . (وأحكام التقنين المدني القديم تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد ، غير أن التقنين القديم استثنى حالة عزل الوكيل ولم يستثني التقنين الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٦٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ١/٧١٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٤٩ (تطابق الفقرة الأولى من المادة ٧١٧ مدني مصري) .

تقنين الموجبات والقيود البناني م ٢/٨١٥ : ويكون الوكيل ضامناً لكل ما يمكن أن يحدث هذا المدول (من الوكالة) من البطل والضرر الموكل إذا لم يتم بما يجب من التدابير لصون مصالح موكله صيانة تامة إلى أن يتمكن الموكل نفسه من القيام بما يجب .

م ٨٢٠ : إذا انتهت الوكالة ب وفاة الموكل أو بإفلاسه أو بفقدانه الأهلية ، وجب على الوكيل ، إذا كان في التأخر خطر ، أن يتم ما ابتدأ به حسبما تستلزمه الضرورة ، وأن يقوم بكل ما تقتضيه الظروف لمصلحة الموكل إذا لم يكن ثمة وارث ذرأية أو مثل شرعي للموكل أو لوارث - ويمنح الوكيل من جهة أخرى أن يسترد ما يكون قد أسلفه أو أنفقته لتنفيذ الوكالة طبقاً للقواعد الخاصة بالفصول .

الموكل فيه أو بانقضاء الأجل ، وإن كان الوكيل قد بدأ تنفيذ الوكالة^(١) .
ولذلك يجب على الوكيل ، بالرغم من انتهاء الوكالة بالعزل أو التنحي أو موت
الموكل أو غير ذلك من الأسباب ، أن يتخذ من الأعمال التحفظية ما يصون به
مصلحة الموكل . فإذا كان قد بدأ في جني المحصول وبيعه ، وجب عليه أن
يستمر حتى يصل إلى حالة تكون معها مصالح الموكل مضمونة ، دون أن
يكون من الضروري الانتهاء من بيع المحصول بأكمله^(٢) . أما إذا كانت الوكالة
قد انتهت بموت الوكيل ، فعلى الورثة ، الذين توافرت فيهم الأهلية^(٣) وكانوا
يعلمون بالوكالة ، أن يتخذوا هذه التدابير العاجلة ، وعليهم أن يبادروا

= ٨٢١ م : إذا توفى الوكيل وكان الورثة عاقلين بوجود الوكالة ، وجب عليهم أن يملأوا
بلا إبطاء غير الوفاة - وعليهم أيضاً أن يحتفظوا بالوثائق وغيرها من الأوراق المختصة بالموكل .
وأن يتخلوا جميع الوسائل اللازمة لصيانة مصالحه - عل أن أحكام هذه المادة لا تترى على الورثة
القصر ماداموا بلا وصى . (وأحكام التفتين البناني تنفق في مجموعها مع أحكام التفتين المصري) .

(١) ونص المادة ١/٧١٧ منق مريع في وجوب أن يكون الوكيل قد بدأ تنفيذ الوكالة
إذ تقول: يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال إلى بدايتها . انظر عكس ذلك بودرى وقال في الوكالة
قرة ٨٥٥ - جيوار ققرة ٢٣٤ (والمادة ٢/١٩٩١ منق فرنسي صريحة في أن الوكيل يتم
ما بدأ عمله ، أما المادة ٢٠١٠ منق فرنسي فلم يرد فيها شرط أن يكون الوكيل قد بدأ العمل) .

(٢) وفي قضية أعلن المتألف استئنافه لنفسه بكتب محاميه الذي كان يدافع عنه أمام
المحكمة الابتدائية ، فرفض كاتب المحامي تسليم الإعلان لانتهاء وكالة المحامي ، فأعلن الاستئناف
لشيخ البله . ودفع المتألف عليه بمدى قبول الاستئناف لعدم صحة الإعلان ، فقضت المحكمة برفض
هذا الدفع لأن المادة ٣٦٥ مراضات (قديم) أجازت إعلان عريضة الاستئناف لنفس الخصم أو
لهل الأصل أو المختار ، ولأن المادة ٧ أجازت في حالة الاستناع عن التسليم إعلانها لشيخ البله ،
ولأن عزل الوكيل عن الوكالة لا يسرى على الغير إلا من يوم إعلانه به ، وأخيراً لأن الوكيل
بالرغم من عزله ملزم بالقيام بجميع الأمور المستعجلة التي يخشى فيها على مصلحة موكله (استئناف
وطى ٩ مايو سنة ١٩٢٢ المحللة ٣ رقم ١١ ص ٢٧) .

(٣) فيجب إذن أن يكون الورثة قد توافرت فيهم الأهلية اللازمة لقيام هذه الأعمال
التحفظية ، فإذا لم تتوافر فيهم هذه الأهلية فلا التزام عليهم حتى لو كان لهم نائب يمثلهم ويستطيع
أن يقوم عنهم بهذه الأعمال (نقض فرنسي جنائي ٣ يناير سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٥ - ١٠ - ٤٠١) .
قارن تفتين الموجبات والعقود البناني م ٢/٨٢١ (أنفاً نفس الفقرة في الماش) ، وهو لا يحمل
هذا الالتزام يسرى على الورثة القصر ماداموا بلا وصى ، فلو كان لهم وصى وجب عليه أن يقوم
بهم بهذا الالتزام . وانظر في معنى التفتين البناني بودرى وقال في الوكالة ققرة ٨٣٦ . يلاحظه
وربير . وسأقتنيه ١١ ققرة ١٤٩٤ ص ٩٤٢ .

بإخطار الموكل بموت مورثهم حتى يدبر أمره . وهذا هو الحكم أيضاً في ورثة الفضولي^(١) . ويدخل أيضاً في هذه الأعمال التحفظية الاحتفاظ بالوثائق وغيرها من الأوراق الخاصة بالموكل ، وبوجه عام القيام بكل ما تقتضيه الظروف واتخاذ ما يجب من الوسائل والتدابير لصون مصالح الموكل ، وذلك إلى أن يتمكن الموكل نفسه ، أو النائب عنه في حالة إفلاسه أو نقص أهليته ، أو ورثته أو النائب عنهم في حالة موته^(٢) ، من أن يتولوا بأنفسهم الأعمال التي سبق التوكيل فيها^(٣) . وتعتبر الوكالة قائمة فيما يتعلق بهذه الأعمال التحفظية ، ويترتب على قيامها بقاء التزامات كل من الوكيل والموكل^(٤) ، فيكون الوكيل أو ورثته ملتزمين ببذل العناية الواجبة في القيام بهذه الأعمال^(٥) ويتأدية حساب عنها ، ويكون الموكل أو ورثته ملتزمين بالأجر ويرد المصروفات^(٦) وبالتعويض عن الضرر .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٨ - والأمر في تقدير الأحوال التي توجب على الوكيل جعل الأعمال التي ابتدأها في حالة نفيها من الأخطار متروكة لحكمة الموضوع ، ولا عقب عليها فيه متى كانت قد استندت إلى أسباب صحيحة تبرره (نقص ملف ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٤ ص ٦٦٤) .

(٢) استئناف مخطط ١٤ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٨ .

(٣) فإذا لم يستطع ورثة الوكيل أن يمشروا على الموكل ، أولم يتمكنوا من إخطاره بموت مورثهم ، جاز لهم أن يطلبوا من القضاء أن يحل محلهم حارس قضائي (بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٣٦ - بلانويول وريبيير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤٢) .

(٤) جيوار فقرة ٢٣٨ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٥٩ ص ٤٥٦ - بلانويول وريبيير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤٢ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٨٩ - نقص فرنسي ١٢ يناير سنة ١٨٦٦ سيريه ٦٦ - ١ - ٦٢ - ٣ يناير سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٥ - ١ - ٤٠١ (يصح أن يكون الوكيل أو ورثته مسئولين جنائياً عن التبييد) .

(٥) وتختلف هذه العناية الواجبة ، كما هو معروف ، في الوكالة المأجورة عنها في الوكالة غير المأجورة (أكّم أمين المحول فقرة ١٩٧) .

(٦) قازن م ٢/٨٢٠ من تقنين الموجبات والالتزامات الجنائية (آنفاً نفس الفقرة في الهامش) : حيث تجعل الرجوع بالمصروفات على أساس قواعد الفضالة لا قواعد الوكالة ، على خلاف الفقه والقضاء في فرنسا على ما قلنا . هذا ويكون التزام ورثة الوكيل أو ورثة الموكل في حدود التركة .

الفرع الأول

انتهاء الوكالة لأسباب ترجع إلى القواعد العامة

§ ١ - انتهاء الوكالة انتهاء مألوفاً عن طريق تنفيذها

٣٢٥ - إتمام العمل محل الوكالة : تنهى الوكالة بداعة بإتمام الوكيل العمل الذى وكل فيه^(١) . وقاضى الموضوع هو الذى يبت فيما إذا كانت الوكالة قد انتهت بإنجاز العمل^(٢) .

وقد يعين المتعاقدان أجلاً يتم فيه الوكيل العمل . ويرجع فى ذلك إلى قصد المتعاقدين ، فإن قصدا أن يتم العمل حتماً فى خلال الأجل المعين ، كما إذا كان الموكل على أهبة السفر وكان الوكيل موكلاً فى شراء شيء هو من حاجيات السفر ، فإذا انقضى الأجل وسافر الموكل دون أن يتم الشراء انتهت الوكالة . ويكون المقصود من تحديد الأجل فى هذه الحالة أن تنتهى الوكالة إما بشراء الشيء المطلوب أو بانقضاء الأجل قبل شرائه . أما إذا لم يقصد المتعاقدان من تحديد الأجل إلا تقدير وقت تقربى يتم فيه الوكيل عمله ، فإن الوكالة لا تنتهى حتماً بانقضاء الأجل ، بل يجوز للوكيل المضى فى تنفيذ الوكالة حتى بعد انقضاء الأجل إذا كانت هناك ظروف تبرر هذا التأخر^(٣) .

وكما تنتهى الوكالة بإتمام العمل ، تنتهى كذلك بعدم النجاح فى العمل . ومتى استخلصت المحكمة لأسباب سائفة أن الوكيل لم ينجح فى العمل الموكل فيه ، فأنتهت بذلك مهمته ، فإن استخلاص المحكمة لهذه النتيجة هو استخلاص موضوعى ، ولا مخالفة فيه للقانون^(٤) .

(١) ترولون فقرة ٧٦٠ وفقرة ٧٦٥ وفقرة ٨٢٥ - بون ١ فقرة ١١٥٣ - جوار فقرة ٢٤٦ - بودى وقال فى الوكالة فقرة ٨٤٨ ص ٤٥١ - بلانيز وريبير وساتانييه ١١ فقرة ١٤٨٩ .

(٢) نقض فرنسى ٥ أغسطس سنة ١٨٨٠ دالوز ٨١ - ١ - ١٦٦ - بلانيز وريبير وساتانييه ١١ فقرة ١٨٤٩ .

(٣) نقض فرنسى ٢٥ يونيو سنة ١٩٣٤ دالوز فى القضاء العام (D. Jur. Gen.) لفظ Mandat فقرة ٤٢١ - بلستيا ١٩ ديسمبر سنة ١٨٦٥ تحت حكم النقض الفرنسى ٢١ مايو سنة ١٨٦٧ دالوز ٦٧ - ١ - ٣٤٥ - بلانيز وريبير وساتانييه ١١ فقرة ١٤٨٩ .

(٤) نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٥ ص ٤٨٩ .

٣٣٦ - **انقضاء الأجل :** والمفروض هنا أن تكون الوكالة في أعمال مستمرة كالتوكيل في الإدارة ، وعدد المتعاقدان أجلا تنتهى بانقضائه الوكالة . مثل ذلك أن يوكل شخص شخصاً آخر في إدارة مزرعته أو مصنعه أو متجره لمدة سنة . فقياس الوكالة هنا بالأعمال التي تتم ، بل بالمدة التي تنقضى في تنفيذ هذه الأعمال ، وتكون الوكالة في هذه الحالة كالإيجار عقداً زمنياً . ومن ثم تنهى بانقضاء الأجل المحدد لها^(١) ، وإذا استمر الوكيل بعد انقضاء الأجل قائماً بتنفيذ الوكالة يعلم الموكل ودون معارضته ، كان هناك تجديد ضمنى للوكالة على مثال التجديد الضمني للإيجار .

وقد يكون الأجل المحدد للوكالة أجلاً غير معين (terme incertain) لا يعرف ميعاد حلوله . مثل ذلك أن يوكل شخص شخصاً آخر في إدارة أمواله طول مدة غيابه في سفر بعيد ، فتنتهى الوكالة بعودة الموكل من السفر . نون أن يكون ميعاد هذه العودة معروفاً^(٢) . كذلك يجوز أن يوكل شخص شخصاً آخر مدة حياة الموكل أو مدة حياة الوكيل ، والحياة كما هو معروف أجل غير معين^(٣) . وفي هذه الحالة تنتهى الوكالة بموت أى من المتعاقدين ، لأن الموت أجل بالنسبة إلى أحدهما وتنتهى به الوكالة حيناً بالنسبة إلى الآخر ، وكذلك تنتهى بعزل الوكيل^(٤) أو بتمنحه عن الوكالة كما سيبيء :

(١) وإذا باشر الوكيل تصرفاً بعد انقضاء الأجل وانتهاء الوكالة دون أن يجدد تجديدًا ضمنيًا ، فإن أثر هذا التصرف لا ينصرف إلى الموكل إلا في حالة الوكالة الظاهرة (أوبري وروو إيمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٤٠) . ويكون التاريخ المرفق للتصرف حجة على الموكل ، إذ هو ليس من الغير حتى يستلزم تاريخاً ثابتاً ليكون حجة عليه . ولكن يجوز له أن يثبت بجميع الطرق ومنها المحينة والقرائن ، أن التاريخ المرفق قد قدم ليقع قبل انقضاء أجل الوكالة (أوبري وروو إيمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٤٠ هامش ٣٠) .

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان التوكيل مطلقاً غير مقيد بمدة معينة ولا بعمل معين فالظاهر استبراره ، ومن ادعى خلاف ذلك عليه الإثبات (استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ الحاملة ٢١ رقم ٢٥٧ ص ٥٧٢) .

(٢) جيوار فقرة ٢٤٧ - بودى وقال في الوكالة فقرة ٨٤٨ .

(٣) بودى وقال في الوكالة فقرة ٨٤٩ .

(٤) محمد حل مرقعة ص ٤٢٩ .

§ ٢ - انتهاء الوكالة قبل التنفيذ

٣٢٧ - استحالة التنفيذ : تنص المادة ٣٧٣ مدني على أن « ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه » . وهذا النص يسري على الوكالة كما يسري على غيرها من العقود^(١) . فإذا وكل شخص شخصا آخر في بيع منزل ، واحترق المنزل بعد التوكيل ، فإن التزامات الوكيل تنهى باستحالة تنفيذها ، ومن ثم تنهى الوكالة^(٢) . وإذا وكل شخص شخصا آخر في إدارة أموال له ، ثم وضعت هذه الأموال تحت الحراسة القضائية بتولى إدارتها حارس قضائي بدلا من الوكيل ، انتهت الوكالة لاستحالة تنفيذ التزامات الوكيل . والاستحالة في المثل الأول استحالة مادية ، وهي في المثل الثاني استحالة قانونية .

٣٢٨ - إفلاس الموكِّل ونقص الأهلية : وإذا أفلس الموكِّل أو أفلس الوكيل ، فإن الوكالة تنهى . ذلك أن الموكِّل المفلس لا يستطيع مباشرة التصرف في أمواله أو إدارتها بنفسه ، فأولى ألا يستطيع ذلك بوكيل ، والوكيل المفلس قد غلت يده عن أمواله فأولى أن تغل عن أموال موكله^(٣) . والإعسار كالإفلاس

(١) وتنص المادة ٨٠٨ من تقنين الموجبات والمقود البناني على أن « تنهى الوكالة ..

سابقا - باستحالة التنفيذ الناشئة عن سبب ليس له علاقة بمشيئة الفريقين المتعاقدين » .

(٢) تروлон فقرة ٧٥٩ - جيوار فقرة ٢٤٥ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٤٦ .

(٣) لوران ٢٨ فقرة ٩٢ - جيوار فقرة ٢٤٣ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٤١ -

أوبري ودرو وإسبان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٩ - بلانويول وريبير وسالفاتيه ١١ فقرة ١٤٩٥ .

ويترتب على ذلك أنه إذا ظهر شخص لآخر مستأذنا تطهيراً غير مستوف للشروط فاعتبر التطهير

بمناية توكيل ، ثم أفلس المظهر ، لم يستطع المظهر له قبض السند لانتهاء التوكيل بإفلاس الموكِّل

(نقض فرنسي ١٢ نوفمبر سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٤٠٨ - بودري وقال في الوكالة

فقرة ٨٤١) . ولكن لا تنتهي الوكالة بالإفلاس أو الإعسار ، إذا كانت جزءاً غير قابل للتجزئة

من مجموع تماندي لا ينتهي بالإفلاس أو الإعسار ، كما إذا أعطى المأمّن له شركة التأمين توكيلا

في أن تتولى الدفاع عنه في القضية التي ترع بشأن الخطر المأمّن عنه ، وأفلس المأمّن له ، فإن التوكيل

يبقى بالرغم من إفلاسه (نقض فرنسي ٣١ يولييه سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ٣٠٠ - ٣١ يولييه

سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٨١ - لوران ٢٨ فقرة ٩٥ - جيوار فقرة ٢٤٤ - بون ١

فقرة ١١٤١ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٤٣ - أوبري ودرو وإسبان ٦ فقرة ٤١٦

ص ٢٣٩ - بلانويول وريبير وسالفاتيه ١١ فقرة ١٤٩٥ ص ٩٤٣) .

في ذلك، فإذا شهر إحصار أى من الموكل والوكيل انتهت الوكالة . وإذا أفلس الموكل أو أعسر ، جاز للوكيل التمسك بانتهاء الوكالة كما يجوز ذلك لدائقي الموكل ، ولكن لا يجوز للموكل نفسه أن يتمسك بذلك ، كما لا يجوز الاحتجاج بانتهاء الوكالة على الوكيل قبل أن يعلم بالإفلاس أو الإحصار^(١) . أما إذا أفلس الوكيل أو أعسر ، فإن للموكل أن يتمسك بانتهاء الوكالة ، ولا يجوز ذلك للوكيل^(٢) . وإذا تعدد الموكلون أو الوكلاء وأفلس أحدهم أو أعسر ، فإن الوكالة تنتهي بالنسبة إليه وحده ، ما لم تكن غير قابلة للتجزئة^(٣) .

وإذا طرأ نقص على أهلية الموكل أو على أهلية الوكيل ، كأن حجر على أى منهما ، انتهت الوكالة . فإذا حجر على الموكل فأصبح غير أهل للتصرف القانوني الذي صدر منه التوكيل فيه ، انتهت الوكالة ، لأن الوكيل لا يستطيع مباشرة هذا التصرف ، إذ لا يمكن أن ينصرف أثر التصرف إلى الموكل وهو غير أهل له^(٤) . ومن هنا قررنا أن العبرة في توافر الأهلية في الموكل بوقت الوكالة وبالوقت الذي يباشر فيه الوكيل التصرف في آن واحد^(٥) . لكن إذا كان الحجر على الموكل ليس من شأنه أن يجعله غير أهل للتصرف الذي صدر منه التوكيل فيه ، كأن كان التصرف من أعمال الإدارة وكان الموكل مأذوناً له في إدارة أمواله ، فإن الوكالة لا تنتهي ويبقى الوكيل ملزماً بالمضي في تنفيذ الوكالة^(٦) . أما إذا حجر على الوكيل ، فإنه يصبح غير أهل للالتزامات

(١) أوبري ورو وإسان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٩ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٥ ص ٩٤٣ .

(٢) لوران ٢٨ فقرة ٩١ - جيوار ٢٤٤ فقرة ٢٤٤ - بون ١ فقرة ١١٤٩ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٤٤ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٥ ص ٩٤٣ - فلايجوز للوكيل أن يتمسك بطلان التصرف الذي باشره وهو مفلس .

(٣) پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٥ ص ٩٤٣ .

(٤) ولا تنتهي الوكالة إلا إذا علم الوكيل بالحجر على الموكل . وقد لا تنتهي الوكالة بالرغم من الحجر على الموكل ، إذا اعتمد للقيام بالوكالة وطلب من الوكيل الاستمرار في مهمته (پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٦ ص ٩٤٤) .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٢٢٨ .

(٦) أوبري ورو وإسان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٩ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٦ ص ٩٤٤ - أما إذا أصيب الموكل بجنون أو عته دون أن يحجر عليه ، فإن الوكالة لا تنتهي إذا لم يعلم الوكيل بذلك (بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٤٠ : ويذهب إلى أن الوكالة لا تنتهي حتى لو كان الجنون أو العته أمراً يائساً) .

الناتجة عن الوكالة^(١) ، حتى لو بقي أهلاً لمباشرة التصرف الموكل فيه ، ومن ثم تنتهي الوكالة^(٢) .

٣٢٩ - الفسخ وتحقق الشرط الفاسخ : ويجوز إنهاء الوكالة عن طريق طلب فسخها إذا أدخل أحد المتعاقدين بالتزاماته ، وذلك طبقاً للقواعد العامة^(٣) . فيجوز للوكيل طلب فسخ الوكالة ، ويلجأ إلى طلب الفسخ في الأحوال التي لا يجوز له فيها التنحي عن الوكالة كما سيجيء ، أو إذا أراد أن يطالب الموكل بالتعويض إلى جانب الفسخ ، أو إذا أراد أن يتوقى هو رجوع الموكل عليه بالتعويض . كذلك يجوز للموكل طلب فسخ الوكالة لإخلال الوكيل بالتزاماته ، وذلك أيضاً في الأحوال التي لا يجوز له فيها عزل الوكيل ، أو إذا أراد مطالبته بالتعويض إلى جانب الفسخ ، أو إذا أراد توقى رجوع الوكيل عليه بالتعويض^(٤) . وتفسخ الوكالة إذا حلت على شرط فاسخ وتحقق هذا الشرط ، وذلك طبقاً للقواعد العامة . فتفسخ الوكالة بمجرد تحقق الشرط دون حاجة لأي إجراء آخر ، ومن ثم لا يحتاج انقضاءها إلى إرادة الوكيل كما في التنحي ، وأولى إرادة الموكل كما في العزل .

(١) محمد علي حرفة ص ٤٢٨ .

(٢) وإذا أصيب الوكيل بالجنون أو البتة دون أن يحجر عليه ، فإن الوكالة تنتهي كذلك لانعدام التمييز عند الوكيل ، وهذا ما لم يكن النير الذي تمثله مع الوكيل حسن النية لا يعلم بجنون الوكيل أومته ، وذلك تطبيقاً لقواعد الوكالة الظاهرة (إكس ١٩ نوفمبر سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ٢ - ١٥٦ - جيوار فقرة ٢٤٢ - بلانيول وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص ٩٤٣) . انظر مع ذلك بودري وقال في الوكالة فقرة ٨٤٠ ، ويلديان إلى أن جنون الوكيل أومته دون الحجز عليه لا ينهي الوكالة حتى لو كان النير الذي يتعاقده معه يعلم بهذا الجنون أو البتة لأنه لا تشترط الأهلية في الوكيل ، ولكن إذا استغل النير جنون الوكيل أومته في تعاقده معه فإنه لا يستطيع أن يحتج على الموكل بهذا التعاقده . وانظر أيضاً في هذا المعنى الأخير محمد علي حرفة ص ٤٢٨ .

(٣) نقض فرنسي ١٢ مايو سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٥ - ١ - ٣٥٠ - ١٩ نوفمبر سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ١ - ٢٩٥ - أوبري وروو إسبان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٧ .

(٤) بلانيول وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١٤٨٩ .

الفرع الثاني

انتهاء الوكالة لأسباب خاصة بها

١٨ - أسباب ترجع إلى أن الوكالة تقوم على الاعتبار الشخصي

٣٣٠ - موت الوكيل : تنهى الوكالة بموت الوكيل ، لأن الموكل قد اختاره وكيلاً لاعتبار شخصي فيه ، فلا يحل ورثته محله بعد موته ، وإذا كان الوكيل شركة أو شخصاً معنوياً آخر ، انتهت الوكالة بمحله ولو كان هذا الحل اختيارياً ، لأن الحل بالنسبة إلى الشخص المعنوي هو بمثابة الموت بالنسبة إلى الشخص الطبيعي^(١) . وإذا تعدد الوكلاء ومات أحدهم ، لم تنته الوكالة إلا بالنسبة إلى من مات منهم إذا كان الباقيون يملكون أن يستقلوا بتنفيذ الوكالة^(٢) . أما إذا كان على الوكلاء أن يعملوا مجتمعين طبقاً لأحكام المادة ٢/٧٠٧ مدني^(٣) ، فإن موت أحدهم ينهي الوكالة بالنسبة إليهم جميعاً^(٤) .

ولا تنهى الوكالة بمجرد موت الوكيل ، بل يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم ، وأن يتخفوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل (م ٢/٧١٧ مدني) . وتبقى الوكالة قائمة فيما يتعلق بهذه الأعمال التحفظية ، وقد تقدم بيان ذلك^(٥) .

(١) بودي وقال في الوكالةقرة ٨٣٤ ص ٤٤٤ .

(٢) جيوار ققرة ٢٤٠ - بودي وقال في الوكالةقرة ٨٣٥ - پلاهيول وديير وسالتييه ١١ ققرة ١٤٩٤ ص ٩٤١ .

(٣) انظر أيضاً ققرة ٢٦٠ .

(٤) جيوار ققرة ٢٤٠ - بودي وقال في الوكالةقرة ٨٣٥ ص ٤٤٥ - پلاهيول وديير وسالتييه ١١ ققرة ١٤٩٤ ص ٩٤١ .

(٥) انظر أيضاً ققرة ٣٢٤ - لوران ٢٨ ققرة ٨٥ - جيوار ققرة ٢٣٩ - بودي . وقال في الوكالةقرة ٨٣٦ (ويلجبان إلى أن الورثة إذا كانوا قصر اتول الوصيهم اقيام بالقضاء التصديرات اللازمة لحفظ مصالح الموكل - وانظر أيضاً في هذا المعنى پلاهيول وديير وسالتييه ١١ ققرة ١٤٩٤ ص ٩٤٢ ، والمادة ٢/٨٢١ من قانون المبيعات والقود الجنائي - وانظر أيضاً ققرة ٣٢٤ ثالثاً في الماشر) .

وانتهاء الوكالة بموت الوكيل ليس من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالف هذا الحكم^(١) ، فتبقى الوكالة حتى بعد موت الوكيل ويلتزم بها الورثة في حدود التركة . وأكثر ما يطبق هذا الحكم إذا كان الوكيل محترفاً أو كان شخصاً معنوياً ، فيتفق مع الموكل على أن تنتقل الوكالة إلى من يخلفه^(٢) .

ويقضى قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ بأن وكالة المحامي تنتهي بموته أو شطب اسمه أو وقفه أو الحجر عليه أو استحالة قيامه بوكالته ، وفي هذه الحالة يحل محله مؤقتاً محام آخر ينتدبه مجلس النقابة ، إلى أن يتمكن الموكل من اختيار محام آخر . وقد نصت المادة ٣٩ من هذا القانون في هذا المعنى على أنه « في حالة وفاة المحامي أو شطب اسمه أو وقفه أو الحجر عليه أو استحالة قيامه بوكالته ينتدب مجلس النقابة محامياً يحل محله مؤقتاً حتى يقوم موكله باختيار وكيل آخر ، ويقوم قرار مجلس النقابة مقام التوكيل الصادر من صاحب الشأن » .

٣٣١ - موت الموكل : وتنتهي الوكالة أيضاً بموت الموكل ، سواء كانت الوكالة غير مأجورة فيكون الوكيل المتبرع قد اعتد بشخص موكله في هذا التبرع ، أو كانت مأجورة حيث يبقى مفروضاً أن الوكيل قد تخبر موكله^(٣) . وإذا كان الموكل شركة أو شخصاً معنوياً آخر ، انتهت الوكالة

(١) لوران ٢٨ فقرة ٨٨ - جيوار فقرة ٢٣٢ - ويجوز أن يكون الاتفاق صريحاً أو ضمناً : بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٣٧ - بلانول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩١ ص ٩٤٠ - كولان وكايتان وصي لامورالتيير ٣ فقرة ١٣٧٠ .

(٢) نقض فرنسي ٨ ٩٠ يولييه سنة ١٨٩٥ سيرييه ٩٧ - ١ - ١٣٣ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٣ - ١ - ١٨٥ - ٨ يناير سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٣ - ١ - ١٨٥ - بلانول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ٩٤٠ .

(٣) ونقل المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد : « كما تنتهي (الوكالة) بموت الموكل أو الوكيل ، لأن شخصية كل متعاقد اعتباراً في نظر الآخر ، فلا تحمل الورثة محل المتعاقد في تنفيذ التزاماته إلا في حدود ضيقة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٣٤) - قرب بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٣٢ . وفي مذهب القائلين بأن الوكيل إنما يعبر عن إرادة الموكل لا عن إرادته هو ، يترتب انتهاء الوكالة بموت الموكل على أن إرادة الوكيل قد زالت بموته ، فلا يستطيع الوكيل أن يعبر عن إرادته قد زالت (انظر جيوار فقرة ٢٢٠) . ويمكن القول أيضاً بأن ورثة الموكل قد لا يتفقون بالوكيل ثمة مورثهم به (أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٨٢) .

يجله ولو كان هذا الحل اختيارياً^(١) كما هو الحكم في الوكيل فيما قدمنا^(٢) ،
غير أن الوكالة تبقى هنا المدة اللازمة لتصفية الشركة إذ أن الشخصية المعنوية
تبقى للشركة في حدود أغراض التصفية^(٣) . وإذا تعدد الموكلون ومات أحدهم ،
لم تنته الوكالة إلا بالنسبة إلى من مات منهم^(٤) ، وهذا ما لم تكن الوكالة غير
قابلة للتجزئة فتنتهي بالنسبة إلى الموكلين جميعاً^(٥)

• ومن تطبيقات مبدأ التناهي بأن الوكالة تنتهي بموت الموكل أنه في الوكالة المضمومة إذا مات
الموكل ، وجب حل ورثته أن يحددوا توكيل المحامي ليكون وكيلاً عنهم ، لأن وكاله عن مورثهم
تتقد انتهت بموت هذا الأخير (مجلس البوالة الفرنسي ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٠٠ سيرة ١٩٠٣ -
٣ - ٢١ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٣٢) . وقد يستخلص تجديده التوكيل من بقا المحامي
يباشر الدعوى باعتباره وكيلاً عن الورثة ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الوكيل قد ظل يمد
وفاء موكله يباشر الدعوى التي وكل فيها باعتباره وكيلاً عن ورثته ، فلا يقبل منه بعد ذلك أن يعادل
في صفة الوكالة مدعياً أنها انتقضت بوفاته الموكل (نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة ٣
رقم ١٦٣ ص ٤٥٨) . وكذلك إذا ظهر شخص لآخر سداً إذنيّاً لتظهره غير مستوف للشروط
فلاحجز التطهير بمشاة التوكيل ، ثم مات المظهر ، لم يستطع المظهر له قبض السند لانتهاء التوكيل
بموت الموكل (نقض فرنسي ١٢ نوفمبر سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٤٠٨ - بودرى وقال
في الوكالة فقرة ٨٣٣ - وقد قدمنا مثل ذلك في انتهاء التوكيل بإفلاس الموكل : انظر آنفاً فقرة ٣٢٨
في الهامش) .

(١) نقض فرنسي ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٤٤١ - ترولون فقرة
٧٤١ - جيوار فقرة ٢٣١ - بون ١ فقرة ١١٣٧ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٣٤ -
أوبري ودرويسان ٣ فقرة ٤١٦ ص ٤٣٩ - بلانيول وديبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤
ص ٩٤١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٣٠ .

(٣) نقض فرنسي ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ - ١ - ٤٤١ - بودرى وقال
في الوكالة فقرة ٨٣٤ - بلانيول وديبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤١ . وهذا يمكن
ما إذا كانت الشركة هي الوكيلّة ثم حلت ، فإن الوكالة تنتهي بحلها ولا تبقى مدة التصفية ، لأن الشركة
عند تصفيتها لا تستطيع مباشرة أعمال الوكالة إذ هي لا تدخل في أعمال التصفية (بودرى وقال
في الوكالة فقرة ٨٣٤ ص ٤٤٤) . ولكن على المصن أن يتخذ الدابير الضرورية لصيانة مصالح
الموكل ، كما تفعل ورثة الشخص الطبيعي إذا كان وكيلاً ومات (أوبري ورويسان ٦ فقرة ٤١٦
ص ٢٣٩ هامش ٢٣) .

(٤) جيوار فقرة ٢٣١ - بون ١ فقرة ١١٣٨ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٣٥
ص ٤٤٤ - بلانيول وديبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤١ .
(٥) جيوار فقرة ٢٣١ - بون ١ فقرة ١١٣٨ - بلانيول وديبير وسافاتييه ١١ فقرة
١٤٩٤ ص ٩٤١ - وتارن يودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٣٥ ص ٤٤٤ .

ولا تنتهي الوكالة بمجرد موت الموكل ، بل تبقى إلى أن يعلم الوكيل بموت الموكل^(١) . فإذا لم يعلم به وتماقد مع الغير ، وكان هذا أيضاً حسن النية ، اعتبرت الوكالة قائمة ، وانصرف أثر العقد الذى يبرمه الوكيل ، حقاً كان أو التزاماً ، إلى ورثة الموكل ، لا بموجب وكالة ظاهرة بل بموجب وكالة حقيقية^(٢) . وحتى بعد أن يعلم الوكيل بموت الموكل ، فإنه يجب عليه أن يصل

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الأعمال التى يجرها الوكيل بعد وفاة الموكل ، بدون أن يعلم بوفاة ، تكون صحيحة وقانونية ، وبأن أعمال المرافعات التى يجرها الوكيل (الحامى) بعد وفاة موكله وبدون علمه بمصوّل الوفاة تكون صحيحة (استئناف مصر ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٢ الحامى ١٣ رقم ٣٥٣ ص ٧١٥) . أما إذا علم الوكيل (الحامى) بموت الموكل ، فإنه لا يجوز له أن يستمر فى إجراءات الدعوى ولا أن يرفع استئنافاً دون أن يدخل الورقة محلر للوكيل (استئناف غنطس ٢٥ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٠) .

(٢) انظر ١٠٧ مدف وانظر آنفاً فقرة ٣٠٦ الشرط الثانى - لوران ٢٨ فقرة ٨١ - جيوارد فقرة ٢٣٦ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٣٦ ص ٤٤٥ - وإذا توفى أحد الأشخاص قبل تقديم الأموال والطلبات الختامية ، وقدمها وكيله دون علمه بموت موكله ، كان ذلك صحيحاً (بنى سوف استئنافى ٢٦ أبريل سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٢٢ ص ٣٤٤) ، وكذلك تكون الإجراءات التى يتخذها الوكيل صحيحة (استئناف غنطس ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٣) . وعبء إثبات علم الوكيل أو الغير بموت الموكل يقع على الورثة إذا أرادوا ألا ينصرف أثر العقد إليهم ، سواء كان توقيع الوكيل للعقد يوم وفاة الموكل أو بعد ذلك (نقض فرنسى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعى ١٩٢٦ - ٥٤ - محمد على عرفة ص ٤٢٥) . انظر عكس ذلك بحال مرسى بدر فى دراسات فى النظرية العامة للنيابة حول مشروع المذهب للدولى لتوجيه القانون الخاص ص ١١١ - ص ١١٢ . ويرى أن على الوكيل والغير أن يثبتا مسن نفيهما ، ويتحقق فى ذلك بحكم محكمة النقض جيا فيه ما يأتى : « القانون لم يشترط لخصوص عدم نفاذ التصرفات الصادرة من الوكيل بعد انقضاء الوكالة بالنسبة للموكل وجوب إعلان الغير بالانقضاء . ويتبع هذا أنه يجب على الغير أن يتسك فى هذا الخصوص بحسن نيته ، أى أنه بحسب الموكل الذى يحتاج يتصرف أجراء الوكيل بعد انقضاء وكالته أن يثبت انقضاء الوكالة ، وعلى الغير الذى يبيى الاحتجاج بهذا التصرف - إن شاء - التحدى بحسن نيته أمام محكمة الموضوع حتى تستطيع أن تثبت فى هذا الدفاع على الوجه الذى رسمه القانون . وعلى ذلك فإذا كان التصرف الصادر من الوكيل قد صدرت بعد انقضاء الوكالة ، فلا يجوز للغير التحدى لأول مرة أمام محكمة النقض بعدم علمه بهذا الانقضاء متى كان لم يقدم بطلب الطعن ما يدل على أنه عندما ووجه أمام محكمة الموضوع بذلك الانقضاء تملك بعدم علمه به » (نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٧ الحامى ٣٨ رقم ٣٨٩ ص ١٠٨) . والحكم صريح فى أن الغير يجب أن يتسك بحسن نيته أمام محكمة الموضوع ، فلا يجوز له التحدى بحسن نية لأول مرة أمام محكمة النقض . ولكن يبقى أنه إذا تملك الغير فلا يحسن نيته أمام محكمة الموضوع ، فهل كان يلحق عليه عبء إثبات ذلك ؟ لا نرى أن حكم محكمة النقض واضح فى هذا المعنى .

بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف ، وتبقى الوكالة قائمة فيما يتعلق بما يقوم به من أعمال لهذا الغرض^(١) ، وقد سبق بيان ذلك^(٢).

وانتهاء الوكالة بموت الموكل ، كانها بموت الوكيل ، لا يعتبر من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالف هذا الحكم^(٣) ، فلا تنتهي الوكالة بموت الموكل بل يلتزم بها ورثته في حدود التركة . كذلك لا تنتهي الوكالة بموت الموكل إذا كانت في مصلحة الوكيل أو في مصلحة الغير ، كما إذا وكل شخص شخصاً آخر في قبض ثمن البيع ودفع الثمن سداداً لدين في ذمة الموكل للوكيل أو للغير^(٤) ، إذ لو انتهت الوكالة بموت الموكل في هذا الغرض لفات على الوكيل أو على الغير مصلحة في استيفاء الدين^(٥) . ولانتهى الوكالة أخيراً بموت الموكل ، بل هي تبدأ عند موته ، إذا كان من شأنها ألا يكون تنفيذها إلا بعد موت الموكل ، كما إذا وكل شخص شخصاً آخر في نشر وثائق معينة بعد موته ، أو في إقامة نصب تذكاري له ، أو في سداد دين عليه من تركته ، أو في إعطاء مبلغ من تركته لشخص معين ، وتتخذ الوكالة في هذه القروض صورة الوصية ويكون الوكيل هو المنفذ لها^(٦) . وتنص المادة ٨١٨ من قانون

(١) پلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٤٩١ ص ٩٤١ - ص ٩٤٢ - أما فيما

جاء في ذلك فالوكالة تعتبر منتهية (استئناف مخطط ٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٩ ص ٢٩٢) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٢٤ .

(٣) لوران ٢٨ فقرة ٨٨ - جيوار فقرة ٢٣٢ - بودرى وفال في الوكالة فقرة ٨٣٧ -

پلانيول وريبير وبولانييه ٢ فقرة ٣٠٥٠ .

(٤) كذلك لا تنتهي الوكالة بموت الموكل إذا كانت مهمة الوكيل تنحصر في تحصيل مبلغ مستحق الأداء على معين ذلك الموكل ، فإن الوكالة تبقى قائمة إلى النهاية . وقد قضى بأن المحضر موكل من قبل الدائن لتحصيل قيمة الإيجار المستحق على المستأجر ، ولعلم قيام المدين بالبلغ أرفع المحضر ، فواله حجة ولم تنته بموت الموكل (بنى سوف استئناف ٩ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٢٢٦ ص ٥٢١ - وانظر أيضاً استئناف مخطط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٥) .

(٥) نقض فرنسي ٢٢ مايو سنة ١٨٦٠ سيرييه ٦٠ - ١ - ٧٢١ - ١٦ مايو سنة ١٨٨٢

سيرييه ٨٤ - ١ - ١٥٤ - ترولون فقرة ٧١٨ - جيوار فقرة ٢٣٣ - بون ١ فقرة ١١٤٠ -

بودرى وفال في الوكالة فقرة ٨٣٧ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٨ - محمد علي

هوق ص ٤٢٣ - ص ٤٢٤ .

(٦) ترولون فقرة ٧٢٨ - جيوار فقرة ٢٣٢ - بودرى وفال في الوكالة فقرة ٨٣٨ -

أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٨ - پلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١٩٤٩

ص ٩٤١ - دي پاچ ٥ فقرة ٤٦٣ .

■ ويقابل النص في التفتين المدنى القديم المادة ٢٩/٦٥٠ ، وكانت تجرى بما يأتى : وينتهى التوكيل بالنزول وبإتمام العمل الموكل فيه وبزول الوكيل نفسه وإعلان الموكل وبموت أحدهما . (وأحكام التفتين المدنى القديم تتفق مع أحكام التفتين المدنى الجديد) .

ويقابل النص في التفتينات المدنية المرية الأخرى :

التفتين المدنى السورى م ٦٨١ (مطابق) .

التفتين المدنى الليبى م ٧١٥ (مطابق) .

التفتين المدنى العراقى م ٩٤٧ : ١ - للموكل أن يزول الوكيل أو أن يقيد من وكالته ،

والوكيل أن يزول نفسه . ولا عبءة بأى اتفاق يخالف ذلك . لكن إذا تعلق بالوكالة حق الغير ، فلا يجوز الزول أو التقييد دون رضا هذا الغير .

٢ - ولا يتحقق انتهاء الوكالة بالزول إلا بعد حصول العلم للطرف الثانى .

٣ - وإذا كانت الوكالة بأبيرة ، فإن من صدر منه الزول يكون ملزماً بتصويص الطرف الثانى من الضرر الذى لحقه من جراء الزول فى وقت غير مناسب وبغير علم مقبول . (وأحكام التفتين العراقى تتفق مع أحكام التفتين المصرى) .

تفتين الموجبات والمعقود البينائى م ٨١٥ : للموكل أن يزول الوكيل متى شاء - وكل نص مخالف لا يعمل به ، سواء أكان بالنظر إلى الفريقين المتعاقدين أم بالنظر إلى الغير . واشترط الأجر لا يمنع الموكل من استعمال هذا الحق - غير أنه إذا كانت الوكالة منقذة فى مصلحة الوكيل أو شخص آخر ، فلا يحق للموكل أن يرجع عن الوكالة إلا برضا الفريق الذى انقذت لأجله . م ٨١١ : يجوز أن يكون الزول صريحاً أو ضمناً - وإذا جرى الزول بكتاب أو برقية ، فلا يتمتع إلا من تاديعه استلام الوكيل بلاغ عزله .

م ٨١٢ : إذا كانت الوكالة من قبل عدة أشخاص فى قضية واحدة ، فلا يجوز الزول إلا باتفاق جميع الموكلين . أما إذا كانت القضية قابلة للتجزئة ، فإن الزول الصادر عن أحد الموكلين يزول الوكالة بالجزء المختص بهذا الموكل وحده . أما فى شركات التضامن وسائر الشركات ، فيحق لكل شريك ملك حق التوكيل باسم الشركة أن يرجع عن الوكالة .

م ٨١٣ : إن الزول عن الوكالة كلها أو بعضها لا يكون نافذاً فى حق شخص ثالث حسن النية إذا عاقله الوكيل قبل أن يعلم بزوله - على أنه يبقى للموكل حق الرجوع على وكيله .

م ٨١٤ : عندما يوجب القانون صيغة معينة لإنشاء الوكالة ، يجب استعمال الصيغة نفسها للرجوع عنها .

م ٨١٧ : إن عزل الوكيل الأصل أو وفاته يؤدى إلى عزل من وكله فيما خلا الحالتين الآتيتين : أولاً - متى كان وكيل الوكيل معيناً بترخيص من الموكل . ثانياً - متى كان الوكيل الأصل ذا سلطة مطلقة فى التصرف أو كان له الحق فى التوكيل .

م ٨٢٢ : إذا فسخ الموكل أو الوكيل عقد الوكالة فجأة وفى وقت غير مناسب وبلا سبب مقبول ، جاز أن يلزم بضمان المثل والضرر للفريق الآخر بسبب إساءة استعماله هذا الحق . أما وجود الضرر وبله فليقدرهما للقاضى بحسب ماهية الوكالة وظروف القضية والعرف المحل . (وأحكام التفتين البينائى تتفق فى مجموعها مع أحكام التفتين المصرى ، ويشترط التفتين البينائى ، عندما يوجب القانون شكلاً خاصاً لانقضاء الوكالة ، نفس الشكل فى الرجوع عنها) .

ويعتبر من هذا النص أن الموكل أن يعزل الوكيل في أى وقت قبل انتهاء العمل على الوكالة ، فتنهى الوكالة بعزل الوكيل . ويمكن تعليل ذلك بأن الوكالة هي في الأصل لمصلحة الموكل ، ولذلك لم يجوز عزل الوكيل إذا كانت الوكالة في صالحه هو أو في صالح الغير إلا برضاء من كانت الوكالة في صالحه كما سيبيح ، فإذا رأى الموكل أن مصلحته في الوكالة لم تعد قائمة كان له أن ينهى الوكالة بعزل الوكيل^(١) . وكما للموكل أن يعزل الوكيل ، كذلك له من باب أولى أن يقيد من وكالته ، كأن يوكله في البيع وقبض الثمن ثم يقيد الوكالة بالبيع دون قبض الثمن ، ويكون هذا عزلاً جزئياً من الوكالة .

وعزل الوكيل يكون بإرادة منفردة تصدر من الموكل موجهة إلى الوكيل ، فتسري في شأنها القواعد العامة . ولما كان القانون لم ينص على أن تكون في شكل خاص ، فأى تعبير عن الإرادة يقيد معنى العزل يكفي ، وقد يكون هذا التعبير صريحاً كما قد يكون ضمنياً^(٢) . ومن أمثلة العزل الضمني للوكيل أن يعين الموكل وكيلاً آخر لنفس العمل الذي فوض فيه الوكيل الأول بحيث يتعارض التوكيل الثاني مع التوكيل الأول ، فيعبر صدور التوكيل الثاني عزلاً ضمناً للوكيل الأول^(٣) . ويقتضي صدور التوكيل الثاني عزلاً ضمناً للوكيل الأول حتى لو كان هذا التوكيل الثاني باطلاً ، أو كان قد سقط بعدم قبول الوكيل

(١) بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٦ ص ١٥

بلاشير وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٤٥ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه وإن كان عزل الموكل للوكيل قد يحصل ضمناً ، إلا أنه يجب أن يثبت ذلك قطعاً ولا يصح استنتاجه من ظروف لا تدل عليه حتماً ، وقد يكون العزل جزئياً إذا أقيم للوكيل الجديد جزء من العمل فقط (استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ الهامة ٢١ رقم ٣٢٦ ص ٧٤٢) . وقضت أيضاً بأن حصول التوكيل بالكتابة لا يمنع العزل بغير الكتابة إذا حصل هذا العزل بوقائع مادية لا شك فيها ، لأن الوقائع المادية يجوز إثباتها بالشهود والقرائن . فإذا ثبت قطعاً من شهادة الشهود الطرفين أن الموكل الذي وكل وكيلاً لإدارة أملاكه جاء بعد سنة أو سنتين وأدار أملاكه وأجرها بنفسه وحصل أجرها بنفسه ، يعتبر هذا عزلاً ضمناً كائناً لإعفاء الموكل من موجبات وكالته بعد تلك المدة ، وعصماً إذا تعزز ذلك بإيصالات مكتوبة أعطيت من الموكل لبعض المستأجرين (استئناف مصر ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤١ الهامة ٢٢ رقم ١٢٦ ص ٢٧٠) .

(٣) انظر المادة ٢٠٠٦ مدنى فرنسى - نقض فرنسى ٢ مارس سنة ١٨٩١ مصرية

٩٥ - ١ - ٩٢٣ - جيوار فقرة ٢١٩ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٢٢ وقارن فقرة ٨٢٤ -

بلاشير وريبير وسلفاتييه ١١ فقرة ١٤٩٠ .

الثاني إياه ، ذلك لأن مجرد توجه إرادة الموكل إلى توكيل شخص آخر لنفس العمل يفيد حتماً عزل الوكيل الأول^(١) . ويعتبر كذلك عـ لا ضمناً للوكيل أن يقوم الموكل بنفسه بتنفيذ العمل محل الوكالة^(٢) . وسواء كان العزل صريحاً أو ضمناً ، فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم الوكيل ، طبقاً للقواعد العامة^(٣) . وقبل علم الوكيل بالعزل تبقى وكالة قائمة . فإذا تعاقد مع شخص حسن النية انصرف أثر التعاقد إلى الموكل . وحتى بعد علم الوكيل بالعزل إذا تعاقد مع الغير حسن النية ، فإن أثر التعاقد ينصرف أيضاً إلى الموكل ، ولكن لا بموجب وكالة حقيقية كما في الحالة الأولى ، بل طبقاً لقواعد الوكالة الظاهرة^(٤) . ومن ثم يتعين على الموكل ، حتى يكون مأمناً من ذلك ، أن يعلن الغير الذين يتعاملون عادة مع الوكيل بعزله لهذا الأخير^(٥) .

(١) ترولون فترة ٧٨٨ - لوران ٢٨ فترة ١٠٢ - جيوار فترة ٢١٩ - بون ١
فترة ١١٦١ - بودرى وقال في الوكالة فترة ٨٢٣ - أوبري ورو وإيمان ٦ فترة ٤١٦
ص ٢٣٧ وحاش ١٢ و ١٣ .

(٢) نقض فرنسي ١٤ يوفيه سنة ١٩١٣ سريه ١٩١٤ - ١ - ١٧٩ - باريس ٢٤
ديسمبر سنة ١٩٤٣ جازيت دي پاليه ١٩٤٣ - ٢ - ٢٦٨ - بودرى وقال في الوكالة فترة
٨٢٤ ص ٤٤٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فترة ١٤٩٠ ص ٩٣٤ .

(٣) وتصرف الوكيل قبل العلم بالعزل ينفذ في حق الموكل (استئناف مخطط ١٨ أبريل
سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦١) . أما بعد أن يعلم الوكيل ، فإنه لا يجوز له أن يمتنع في أعمال
الوكالة ، فإن فعل كان هو المشوّل ، ورجع بما أنفق من مصروفات على الموكل (استئناف
مخطط ١٢ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٢٢) . ويمكن لإثبات علم الوكيل بالعزل إعلانه بذلك
على يد محضر ، ولو كان هذا الإعلان باطلاً من ناحية الشكل ، إذ لا يشترط شكل مخصوص
في العزل كما قلنا (استئناف مخطط ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥) . وإذا عزل الموكل
الوكيل عزلاً صريحاً وعزلاً ضمناً ، فإن قاضي الموضوع هو الذي يبت أي العزلين هو الأسبق ،
ومن ثم يبين من أي وقت انزل الوكيل (نقض فرنسي ٢٤ يوفيه سنة ١٩٠٥ سريه ١٩٠٦ -
١ - ٨ - أوبري ورو وإيمان ٦ فترة ٤١٦ ص ٢٣٧) . ولا يكون للعزل أثر رجعي ، فإذا
كانت الوكالة بأجر ولمدة معينة ، استحق الوكيل الأجر عن المدة التي سبقت العزل (أنليكوليدى
دالوز ٣ لفظ Mandat فترة ٢٧٤) .

(٤) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فترة ١٤٩١ ص ٩٣٤ - ويجب على كل حال أن
يتخذ الوكيل ، بعد علمه بالعزل ، الإجراءات اللازمة لحفظ مصالح الموكل حتى يتمكن هذا
الأخير من صيانة مصالحه بنفسه (م ٧١٧ مدني وانظر آنفاً فترة ٣٢٤ ثالثاً) .

(٥) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فترة ٣٠٤٧ - كولان وكابيتان ودي لاموراندبير ٢
فترة ١٣٦٩ ص ٨٧٥ - چوسران ٢ فترة ١٤٢٢ ص ٧٧٤ - وقد قضى بأن التشر في إجراءات

وإذا تعدد الموكلون وعزل أحدهم الوكيل ، فإذا كانت الوكالة تقبل التجزئة اقتصر العزل على الموكل الذى صدر منه العزل ، وبقيت الوكالة قائمة بالنسبة إلى الموكليين الآخرين^(١) . أما إذا كانت الوكالة لا تقبل التجزئة ، فإن الوكيل لا ينعزل حتى بالنسبة إلى الموكل الذى صدر منه العزل ، ولا بد من اتفاق جميع الموكليين على عزله حتى ينعزل^(٢) .

وجواز عزل الموكل للوكيل قاعدة من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . ومن ثم لا يجوز للوكيل أن يشترط بقاءه وكيلا حتى يتم العمل الموكل إليه ، ويستطيع الموكل بالرغم من هذا الشرط عزله قبل أن يتم العمل . والنص صريح فى هذا المعنى ، إذ جاء فى صدر الفقرة الأولى من المادة ٧١٥ مدنى كما رأينا : « يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها ، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك »^(٣) . وكما لا يجوز للوكيل أن يشترط عدم قابليته للعزل ، كذلك لا يجوز له أن يشترط تقاضى تعويض إذا عزله

— من عزل الوكيل لا يحتاج به على من تعامل مع ذلك الوكيل ، لأن نشر الإعلانات للأشخاص بطريق النشر بواسطة الجرائد مخصص فى مواضع معلومة مذكورة فى القوانين ، وليس هذا النشر من انطوب قانوناً على العموم بالنسبة إلى الوكالة (استئناف على ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٦ ص ٤٩) . ولكن يجوز إثبات علم الغير بالبيئة وبالقرائن (استئناف غلط ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥) .

(١) فإذا وكل دائنون متعددون وكيلا واحداً فى اتخاذ الإجراءات ضد مدينهم المخلص ، وعزل أحد الدائنين الوكيل ، انعزل بالنسبة إلى هذا الدائن ، وبقيت وكالة قائمة بالنسبة إلى الدائنين الآخرين (ترولون فقرة ١١٩ - جيوار فقرة ٢٢٩ - بون ١ فقرة ٧١٩ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٢٥) .

(٢) نقض فرنسى ٧ يناير سنة ١٨٦٨ ميرييه ٦٨ - ٩ - ١٧٢ - جيوار فقرة ٢٢٥ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٢١ - بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٢ ص ٩٣٨ .

(٣) ومع ذلك انظر محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٢ - وانظر عكس ذلك فى القانون الفرنسى حيث لا يوجد نص يعتبر للقاعدة من النظام العام فيجوز الاتفاق على عدم قابلية الوكيل للعزل : نقض فرنسى ٨ أبريل سنة ١٨٥٧ دالوز ٥٨ - ١ - ١٣٤ - ٩ يولييه سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٦ - ١ - ٣١٠ - بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨١٨ - بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٢ ص ٩٣٦ .

الموكل ، فإن في هذا تقييداً لحرية الموكل في عزل الوكيل ، وقد أراد القانون الاحتفاظ للموكل بهذه الحرية كاملة^(١) .

على أن القانون نفسه قيد حق الموكل في عزل الوكيل في حالتين^(٢) :

(الحالة الأولى) إذا كانت الوكالة بأجر ، فإن الموكل يملك عزل الوكيل بالرغم من ذلك ، ولكن لما كان للوكيل مصلحة في الأجر فقد أوجب القانون أن يكون عزل الوكيل لعذر مقبول وفي وقت مناسب . فإذا عزل الموكل الوكيل بغير عذر مقبول ، أوفى وقت غير مناسب ، كان العزل صحيحاً وانزل الوكيل عن الوكالة^(٣) ، ولكنه يرجع بالتعويض على الموكل عن الضرر الذي لحقه من جراء هذا العزل ، كأن يقضى له بالأجر كله أو بعضه بحسب تقدير القاضي للضرر الذي لحق الوكيل ، لأن العزل في هذه الحالة ينطوي على تعسف يستوجب التعويض^(٤) . والوكيل هو الذي يحل عبء إثبات أن عزله

(١) بودى وثال في الوكالة فقرة ٨١٩ ص ٤٣٨ - وقرب نقض فرنسي ٢٠ أبريل سنة ١٨٧٨ سيريه ٧٨ - ١ - ٣١٣ - ٢ يوليو سنة ١٨٨٨ سيريه ٨٨ - ١ - ٤٢١ - وقارن أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٦ - ص ٢٣٧ .

(٢) ولكن يجوز ، في حالتين الحالتين ، فسخ الوكالة لسبب يبرر الفسخ (نقض فرنسي ١٣ مايو سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٥ - ١ - ٢٥ - ١١ فبراير سنة ١٨٩١ دالوز ٩١ - ١ - ١٩٧ - جيوار فقه ٢١٦ - بودى وثال في الوكالة فقرة ٨١١ - وقرب بلانوي وديبير وسالتييه ١١ فقرة ١٤٩٢ ص ٩٣٨ - وانظر آنفاً فقرة ٢٢٩) . ويجوز أيضاً ، في غير هاتين الحالتين ، إذا عزل الموكل الوكيل على وجه يسيء إلى سمعته ، سواء كانت الوكالة مأجورة أو غير مأجورة ، أن يرجع الوكيل على الموكل بالتعويض عما لحقه من ضرر أجنبي (أتم أسند المحل فقرة ١٩٦ ص ٢٤٨) .

(٣) استئناف غخط ٢٠ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٦٥ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٤٢ - ١٣ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٠٧ - ١١ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٢ ص ٣٠١ - نقض فرنسي أول مايو سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ٤٣٥ - ٤ مارس سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٦٨ - بودى وثال في الوكالة فقرة ٨١٢ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٥ - بلانوي وديبير وسالتييه ١١ فقرة ١٤٩١ ص ٩٣٥ - دي باج ٥ فقرة ٤٦٧ - جوسران ٢ فقرة ١٤٢٣ .

(٤) استئناف غخط ١٢ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٧ . نقض فرنسي ٩ يوليو سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٧ - ١ - ٤٧٨ - ١٩ نوفمبر سنة ١٨٨٩ سيريه ٩١ - ١ - ٥٠٨ - ١٨ يوليو سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٢ - ١ - ٣٣٧ - ٤ مارس سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٦٨ - ٤ يونيو سنة ١٩٣٠ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠ - ٣٦٢ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٤ دالوز ص

كان في وقت غير مناسب أو كان بغير علم مقبول ، لأن الأصل أن الوكيل لا يتقاضى تعويضاً عن عزله^(١) ، فإذا طالب بتعويض وجب عليه أن يثبت السبب القانوني الذي يستحق من أجله التعويض .

(الحالة الثانية) إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي ، فإنه لا يجوز في هذه الحالة عزل الوكيل أو تقييد الوكالة دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه (م ٧١٥/٢ مدني) . وتختلف هذه الحالة عن الحالة السابقة في أن عزل الوكيل هنا لا يكون صحيحاً ولا ينزل الوكيل ، بل تبقى وكالة قائمة بالرغم من عزله وينصرف أثر تصرفه للموكل^(٢) ، في حين أن العزل في الحالة الأولى يكون صحيحاً كما رأينا ويقتصر الوكيل على تقاضي تعويض من الموكل^(٣).

١- الأسبوعي ١٩٣٥ - ٤ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٠ جازيت دي باليه ١٩٤٠ - ٢ - ٢٦٢ - ١٢ يناير سنة ١٩٤١ سيريه ١٩٤١ - ١ - ١٢٤ - باريس ٢٨ يناير سنة ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٣ - ٦١٧ - جيوار فقرة ٢٢٥ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨١٤ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٢٦ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩١ ص ٩٣٥ - كولان وكايتيان دي لاموناندير ٢ فقرة ١٣٦٩ - چوسران ٢ فقرة ١٤٢٤ .
وإذا وكل شخص آخر في بيع عقار له دون أن يفرد بالوكالة ، ثم واته فرصة لبيع العقار بنفسه أو بواسطة وكيل آخر ، فلا يعتبر تصرفه هذا عزلاً للوكيل الأول في وقت غير مناسب أو بغير علم مقبول ، ومن ثم لا يستحق الوكيل الأول أي تعويض (باريس ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٣ جازيت دي باليه ١٩٤٣ - ٢ - ٢٦٨ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٦ هامش ٦) .
هذا ويجوز الاتفاق على أن للموكل عزل الوكيل في أي وقت وبدون إبداء أي سبب وذلك دون أن يكون الموكل مسئولاً عن أي تعويض ، ويكون هذا اتفاقاً على الإعفاء من مسئولية عقدية وهو جائز (نقض فرنسي ١٠ نوفمبر سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ - ١ - ٤٠٦ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعي ١٩٣١ - ٣٢٢ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨١٧ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩١ ص ٩٣٥ - محمد علي عرفة ص ٤١٧ - وقارن أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٦) .
(١) أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٦ .

(٢) استئناف مخطوط ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٩ - ١٣ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٢ - ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٣٧ - ٩ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٩٥ .
(٣) نقض فرنسي ١٤ يناير سنة ١٨٨٠ سيريه ٨٠ - ١ - ٣٠٩ - ١٣ مايو سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٥ - ١ - ٣٥٠ - ٢٠ فبراير سنة ١٨٨٩ سيريه ٩٠ - ١ - ٦٩ - ١١ فبراير سنة ١٨٩١ دالوز ٩١ - ١ - ١٩٧ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٢ ص ٩٣٨ - انظر عكس ذلك وأن الوكيل ينزل في الحالتين ويرجع بالتعويض على الموكل : أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٧١ .

ومثل أن تكون الوكالة في صالح الوكيل أن يوكل الشركاء في انشروع شريكاً منهم في إدارة المال الشائع ، فهذه وكالة ليست فحسب في صالح الموكلين بل هي أيضاً في صالح الوكيل^(١) . كذلك إذا وكل المؤمن له شركة التأمين في الدعوى التي ترفع منه أو عليه بسبب الخطر المؤمن منه ، فإن الوكالة تكون في هذا القرض في صالح الوكيل وهو شركة التأمين^(٢) . ومثل أن تكون الوكالة في صالح الغير أن يوكل شخص شخصاً آخر في بيع منزل له وقبض الثمن ووفاء دين في ذمته للغير من هذا الثمن ، فهذه وكالة في صالح الغير وهو الدائن^(٣) . ومن باب أولى لا يجوز عزل الوكيل إذا كانت الوكالة في صالح كل من الوكيل والغير^(٤) ، كأن يوكل شخص في بيع منزل على أن يستوفى

(١) نقض فرنسي ١٣ مايو سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٥ - ١ - ٣٥٠ - بوقوى وقال في الوكالة فقرة ٨١٠ - ٤٣١ - كولان وكايتان وصى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٨٩ ص ٨٧٥ .
(٢) بودري وقال في الوكالة فقرة ٨١٠ ص ٤٣١ - واحتكار الوكالة أو شرط القصر (exclusivité) (انظر آنفاً فقرة ٢٧٧ في الهاش) يعمل الوكالة في صالح الوكيل ، فلا يجوز عزله في المدة المحددة للاحتكار إلا برضاه (انظر مكي ذلك وأن شرط القصر باطل إذ يجوز عزل الوكيل في أي وقت : أكرم أمين المولى فقرة ١٩٦ ص ٣٤٧ هاش ١) - وإذا وكل الموكل الوكيل في وفاء دين لتخليص حين ثالثة بينهما من الرهن ، كانت الوكالة في مصلحة الوكيل إذ هو شريك في العين الثامنة التي تتخلص من الرهن بوفاء الدين (نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٩ ص ٣٣٧) . وتكون الوكالة في مصلحة الوكيل كذلك إذا وكل في إدارة مال للموكل لاستيفاء دين له من غلة هذا المال (نقض مدني ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٨ ص ٣٥٨) - انظر أمثلة أخرى لو كالة في صالح الوكيل فلا يجوز عزله إلا برضاه : استئناف وطني ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٣٢ ص ٥٧ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩١٤ التشرائع ٢ رقم ٩٢ ص ٩٠ - ٢٤ ماي سنة ١٩١٥ التشرائع ٢ رقم ٣٢٩ ص ٣٥٥ - مصر الوطنية ١٩ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٧٣ ص ٢٤٤ - استئناف مصر ١٦ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٠ ص ٢٢ - استئناف غنطاط ١٢ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ - ٤٧٣ - وكون الوكيل مأجوراً لا يكتفى رسمه لتكون الوكيل مصلحة تمنح من عزله ، وقد رأينا أن الوكيل المأجور يجوز عزله (استئناف غنطاط ١١ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠١) .

(٣) نقض فرنسي ٦ يناير سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٣ - ١ - ١١٦ - ١٣ مايو سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٥ - ١ - ٣٥٠ - جيوار فقرة ٣١٦ - بون ١ فقرة ١١٥٩ - بودري وقال في الوكالة فقرة ٨١٠ - أوبري ورويسان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٥ .
(٤) بودري وقال في الوكالة فقرة ٨١٠ ص ٤٣١ .

الوكيل من ثمنه ديناً له في ذمة الموكل وأن يوفى ديناً آخر في ذمة الموكل للغير^(١).

٣٣٣ — نحى الوكيل عن الوكالة — نص قانوني : تنص المادة ٧١٦

من القانون المدني على ما يأتي :

١ — يجوز للوكيل أن ينزل في أي وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق مخالف ذلك ، ويتم التنازل بإعلانه للموكل . فإذا كانت الوكالة بأجر ، فإن الوكيل يكون ملزماً بتعويض الموكل عن الضرر الذي لحقه من جراء التنازل في وقت غير مناسب وبغير علم مقبول .

٢ — غير أنه لا يجوز للوكيل أن ينزل عن الوكالة متى كانت صادرة لصالح أجنبي إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك ، على أن يخطر الأجنبي بهذا التنازل ، وأن يمهله وقتاً كافياً ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه^(٢) .

(١) انظر في عدم جواز عزل الوكيل بغير رضائه في وكالة قصد بها وفاء دين الوكيل : لقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام التقض ٤ رقم ٥٥ ص ٣٧٥ . وانظر في عدم جواز عزل الوكيل إذا كانت الوكالة جزءاً لا يتجزأ من عقد آخر لا يجوز الرجوع فيه فتكون الوكالة كذلك لا رجوع فيها : پلافبول وريوير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٢ . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والوكالة عقد غير لازم ، فلموكل عزل الوكيل قبل انتهاء الوكالة ، وله من باب أول أن يقيد وكالته . . . وتعتبر هذه القاعدة من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . على أنه يرد على جواز عزل الوكيل أو تقييد وكالته قيذان : (أ) إذا كانت الوكالة بأجر ، وعزل الوكيل قبل انتهاء الوكالة في وقت غير مناسب أو بغير علم مقبول ، وأصابه ضرر من ذلك ، فإنه يرجع بالتعويض على الموكل ، لأن في العزل تمسكاً يستوجب التعويض . (ب) إذا كانت الوكالة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي ، كما إذا كان أحد منها دائناً للموكل ورخص له في استيفاء حقه مما يقع في يد الوكيل من مال الموكل ، فلا يجوز عزل الوكيل أو تقييد وكالته إلا بعد رضا من كانت الوكالة في صالحه ، الوكيل أو الأجنبي » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٥ ص ٢٣٤ ص ٢٣٥) .

(٢) تاريخ النص : وود هذا النص في المادة ٩٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٨ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٦ (مجموعة الأعمال التفسيرية ٥ ص ٢٣٢ — ص ٢٣٦) .

ويقابل النص في التقنين المدني القديم : م ٥٢٩/٦٥٠ : ينتهى التوكيل بالمرز وإتمام العمل الموكل فيه ويمزل الوكيل نفسه وإعلان الموكل وموت أحدهما .

م ٥٢٢/٦٤٠ : لا يجوز لوكيل أن يزل نفسه عن الوكالة في وقت غير لائق . . .

(وأحكام التقنين المدني القديم مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

وخلص من هذا النص أنه يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة في أي وقت قبل إتمام العمل الموكلون إليه ، فتنهى الوكالة بتنحي الوكيل ، كما رأيناها تنهى بزمه . ويعمل ذلك بأن الوكيل ، حتى لو كان مأجوراً ، إنما يقصد أن يسدى خدمة للموكل ، وعقد الوكالة بخلاف عقد المقاولة ليس من عقود المضاربة ، ولذلك جاز تعديل أجر الوكيل بالزيادة أو بالنقص لجملة متناسباً مع الخدمة التي أداها . فأجاز القانون للوكيل أن يتنحى في أي وقت من الوكالة إذا رأى أنه لم يعد من الملائم له أن يحمى في إسداء الخدمة للموكل ، وقيد حتى التنحي هذا كما سئرى لمصلحة الموكل فيما إذا كان الوكيل يتقاضى أجراً ، ولمصلحة الغير فيما إذا كانت الوكالة قد صيرت لمصلحه^(١) .

وتنحى الوكيل يكون بإرادة منفردة تصدر منه . ولم ينص القانون على

= ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٨٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧١٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١/٩٤٧ : للموكل أن يزل الوكيل أو أن يقيه من وكرته . والوكيل أن يزل نفسه ، ولا حيرة بلى اتفاق يخالف ذلك . .

(وأحكام التقنين العراقي تنطق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والالتزامات : م ٨٢٥ : لا يجوز للوكيل أن يمدل من الوكالة إلا إذا

أبلغ عدوله إلى الموكل - ويكون الوكيل ضامناً لكل ما يمكن أن يحدثه هذا العدول من السطو والضرر للموكل ، إذا لم يتم بما يجب من التدابير لصون مصالح موكله صيانة تامة إلى أن يتمكن الموكل نفسه من القيام بما يجب .

م ٨١٦ : لا يجوز للوكيل أن يمدل من وكرته إذا كانت متعقدة في مصلحة شخص ثالث إلا في حالة المرض أو مانع آخر مشروع - ويلزم الوكيل في الحالة المذكورة أن ينبه الشخص الذي أسطيت الوكالة في مصلحته ، وأن يمنحه مهلة كافية ليقوم بما تقتضيه الظروف .

م ٨٢٢ : إذا فسح الموكل أو الوكيل عقد الوكالة فجأة في وقت غير مناسب وبلا سبب مقبول ، جاز أن يلزم بضمان السطو والضرر للفريق الآخر بسبب إساءة استعمال هذا الحق . أما وجود الضرر ومبلغه فيقدرهما التراضي بحسب ماهية الوكالة وظروف القضية والبرء المحل . (وأحكام التقنين اللبناني تنطق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .

(١) قرب بودوى وقال في الوكالة فقرة ٨٢٧ - ويضاف إلى ذلك أن إيجاب الوكيل على المضي في الوكالة بالرغم من تنحيه لا يخلو من ضرر يهود على الموكل نفسه (أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٧٩) ، ولكن يمكن الرد على ذلك بأن الوكيل لا يجبر على المضي في الوكالة وإنما يكون ملزماً بالتسوية .

أن تكون في شكل خاص . فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى التنحي يكتفى ، وكما يكون التنحي صريحاً يصبح كذلك أن يكون ضمناً^(١) . وسواء كان صريحاً أو ضمناً ، فإنه لا ينتج أثره إلا بوصوله إلى علم الموكل ، ولهذا تقول الفقرة الأولى من المادة ٧١٦ مدني فيما رأينا : « ويتم التنازل بإعلانه للموكل » . فقبل إعلان التنحي تبقى الوكالة قائمة ، ويكون الوكيل ملزماً بالمضي في تنفيذ الوكالة . أما بعد إعلان التنحي فإن الوكالة تنتهي ، ولكن الوكيل يكون مع ذلك ملزماً بأن يصل بأعمال الوكالة التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف^(٢) تطبيقاً لأحكام المادة ٧١٧ مدني ، وقد سبق بيان ذلك^(٣) . وإذا استمر الوكيل ، بعد أن أعان تنحيه ، في أعمال الوكالة وتعامل باسم الموكل مع شخص حسن النية ، فإن أحكام الوكالة الظاهرة هي التي تسرى وقد مر تفصيلها . وإذا تعدد الموكلون وكانت الوكالة قابلة للتجزئة ، جاز للوكيل أن يتنحي عن الوكالة بالنسبة إلى بعض الموكلين دون بعض . أما إذا كانت الوكالة غير قابلة للتجزئة ، فإنه لا يجوز للوكيل أن يتنحي عن الوكالة إلا بالنسبة إلى جميع الموكلين .

وجواز تنحي الوكيل ، كمجواز عزله ، قاعدة من النظام العام ، فلا يجوز الانفاق على ما يخالفها . ومن ثم لا يجوز للموكل أن يشترط على الوكيل البقاء في الوكالة حتى يتم العمل الموكول إليه ، حتى لو كانت الوكالة مأجورة . والنص صريح في هذا المعنى ، إذ جاء في صدر الفقرة الأولى من المادة ٧١٦ مدني كما رأينا : « يجوز للوكيل أن ينزل في أي وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك »^(٤) . ويكون أيضاً باطلا مخالفته للنظام العام اشتراط

(١) جيوار فقرة ٢٢٨ - بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٢٨ - پلانيول وريبير وسالانتييه ١١ فقرة ١٤٩٣ .

(٢) استئناف مخطط ٣٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٦ .

(٣) انظر ألفا فقرة ٣٢٤ ثالثاً .

(٤) انظر مكرر ذلك في للقانون الفرنسي حيث لا يوجد نص يعتبر القاعدة من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على عدم جواز تنحي الوكيل عن الوكالة : بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٢٩ - وفي هذه الحالة لا يجبر الوكيل على العمل ، وإنما يكون مشغولاً عن التصديق (نقص فرنسي ١٦ أكتوبر سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٥٣ - پلانيول وريبير وسالانتييه ١١ فقرة ١٤٩٣ ص ٩٤٠) .

الموكل أن يتقاضى تعويضاً من الوكيل إذا تنحى عن الوكالة ، لأن في هذا تقييداً لحرية الوكيل في التنحي^(١) .

على أن القانون نفسه قيد حق الوكيل في التنحي في حالتين^(٢) :

(الحالة الأولى) إذا كانت الوكالة بأجر . فلا يجوز للوكيل أن يتنحي عن الوكالة بغير علم مقبول أو في وقت غير مناسب^(٣) . فإن هو فعل ، صبح التنحي ، ولكن الوكيل يكون متعصفاً فيكون مسئولاً عن تعويض الموكل^(٤) .

(الحالة الثانية) إذا كانت الوكالة صادرة لصالح أجنبي ، كأن يكون الوكيل معهوداً إليه بوفاء دين لأجنبي في ذمة الموكل من المال الذي يقع في يده لهذا الأخير . فعند ذلك لا يجوز للوكيل التنحي بشروط ثلاثة : أن تقوم أسباب جدية تبرر التنحي ، وأن يخطر الوكيل الأجنبي بالتنحي ، وأن يمهله وقتاً كافياً ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه . فإذا أخل الوكيل بشرط من هذه الشروط الثلاثة ، فإنه لا يجبر مع ذلك على المضي في الوكالة إذ لا يجوز إجبار أحد على عمل شخصي ، وإنما يكون مسئولاً عن تعويض الأجنبي . أما إذا كانت الوكالة لصالح الوكيل نفسه ، فإنه يجوز له التنحي دون

(١) أكرم أمين الخولي فقرة ١٩٧ ص ٢٤٩ - وانظر عكس ذلك وأنه يصبح للموكل أن يشترط تقاضي تعويض من الوكيل إذا تنحى هذا من الوكالة ويكون هذا شرطاً جزائياً قابلاً أن يحدد القاضي النظر فيه : محمد علي عرفة ص ٤٢٢ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٢ ص ٣٣١ .

(٢) ولكن يجوز في حالتين الحاليتين فسخ الوكالة لسبب يبرر الفسخ (انظر ألفاً فقرة ٣٢٩) .

(٣) استئناف غلط ٣٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٦ - وتقول الفقرة الأولى من المادة ٧١٦ مدني في آخرها : « . . من جراء التنازل في وقت غير مناسب وبغير علم مقبول » . وواضح أن هناك خطأ مادياً ، والصحيح هو استبدال لفظ «أو» بلفظ «او العطف» ، فيكون النص على الوجه الآتي : « . . من جراء التنازل في وقت غير مناسب أو بغير علم مقبول » (انظر في هذا المعنى أكرم أمين الخولي فقرة ١٩٧ ص ٢٤٩) .

(٤) بیدان ١٢ فقرة ٣٣٣ - جوسران ٢ فقرة ١٤٢٥ - أما إذا كانت الوكالة بغير أجر ، فيندر أن يكون تنحي الوكيل سبباً في مسئولية التعويض (أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٨ هامش ١٦) . وفي جميع الأحوال لا يكون الوكيل ملزماً بالتعويض إذا هو تنحى عن الوكالة لاسباب مقبولة ، كالمرض أو تغيير محل الإقامة أو تغيير المهنة أو السفر أو قيام خصومة بينه وبين الموكل (مصر الوطنية ١٩ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة هـ رقم ٣٧٣ ص ٤٣٤ - أنسيلو بیدی دالوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٨١ - محمد علي عرفة ص ٤٢٢ - م ٢٠٠٧ مدني فرنسي وهي تقول : « . . لم يكن في وسع الوكيل أن يشتر في تنفيذ الوكالة إلا إذا عرض مصالحه لخطر شديد » .

شرط ، لأنه هو الذى يقدر بمصلحته^(١) .

وقد طبق قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ هذه القواعد على تنحى المحامى عن وكراته ، فأوجب عليه أن يحظر موكله بتنحيه بكتاب موصى عليه^(٢) ، وأن يستمر فى وكراته حتى يتمكن الموكل من اختيار محام آخر بشرط ألا يزيد ذلك على شهر واحد . ولا يجوز له التنحي إذا كان مستدباً من لجنة المساعدة القضائية أو المحكمة ، إلا لأسباب تقبلها اللجنة المذكورة أو المحكمة المنظورة أمامها الدعوى (م ٣٧ من قانون المحاماة) . وقد نصت المادة ٤٠ من قانون المحاماة فى هذا المعنى على ما يأتى : « للمحامى دائماً أن يتنحى عن وكراته أو عن نديه مع مراعاة ما نص عليه فى المادة ٣٧ من هذا القانون . وفى هذه الحالة يجب عليه أن يحظر موكله أو من يتدب عنه بكتاب موصى عليه بتنحيه ، وأن يستمر فى مباشرة إجراءات الدعوى شهراً على الأكثر متى كان ذلك لازماً للدفاع عن مصالح الموكل أو من تدب عنه » .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « كذلك يرد على جواز تنازل الوكيل عن الوكالة قيذان : (١) إذا كانت الوكالة بأجر وتنازل عنها الوكيل فوقت غير مناسب أو بغير طر مقبول ، فإنه يكون متصفاف فى هذا التنازل ويجب عليه التمييز ، كما هو الأمر فى حالة التصرف فى المنزل . (ب) إذا كانت الوكالة لصالح أجنبى ، فلا يجوز التنازل عن الوكالة إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك مع إخطار الأجنبى وإعطائه الوقت الكاف لصيانة مصالحه ، لأن الأجنبى قد تعلق حقه بالوكالة ، فوجب ألا يكون تنازل الوكيل ، بالنسبة له أيضاً ، بغير طر مقبول أوفى وقت غير مناسب . أما إذا كانت الوكالة فى مصلحة الوكيل ، فهو حر فى التنازل عنها فى أى وقت شاء ، لأنه هو الذى يقدر بمصلحته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٣٥) .

(٢) ويجب حل الموكل أن يعلن خصه بانتهاء وكالة محاميه ، وإلا سارت الإجراءات مصحبة فى مواجهة المحامى الذى انتهت وكراته ، أخذاً بمبادئ الوكالة الظاهرة . وقد قضت محكمة النقض بأن الشارع ألزم الموكل أن يعلن عن انقضاء الوكالة وحله مسئولية إغفال هذا الإجراء . فإذا انقضت الوكالة بالعلمز أو الاعتزال ولم يعلن الموكل خصه بذلك ، سارت الإجراءات مصحبة فى مواجهة الوكيل . كذلك إذا انقضت الوكالة بوفاء الوكيل أو بيزله أو باعتزاله فإن ذلك لا يقطع سبر الخصومة ، ويتعين على الموكل أن يتقدم إلى المحكمة بتمنحه أجلاً مناسباً يتمكن فيه وكيله الجليل من مباشرة الدعوى ، فإن هو تخلف عن ذلك أعملت المحكمة الجزاء الذى رتبته القانون على غياب الخصم (نقض من ٢٠ أبريل سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٥٢ ص ٢٨٢) . وقضى قريباً من هذا المعنى بأنه إذا أراد شخص التنحي عن الوكالة الثابتة له عن شخص آخر بقصد تعطيل دعوى المدعى المرفوعة على الوكيل بصفته ولم يكن يقصد غرضاً مشروعاً ، فلا يجوز قبول هذا التنحي من جانبهِ ، ويجب اعتباره قائماً موجوداً فى الدعوى (الرقائيق ٧ مايو سنة ١٩٢٩ المحللة ١٥ رقم ٣٢ ص ٨٥ . وانظر كذلك الرقائيق ١٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحللة ١٥ رقم ٩٢ ص ١٨٠) .

عقد الوديعة

تَمْهِيدٌ (*)

٣٣٤ - التعريف بمفرد الوديعة ومفصّل هذا المفرد - نص قانوني :
أوردت المادة ٧١٨ من التقنين المدني تعريفاً لعقد الوديعة على الوجه الآتي :
« الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر ، على أن يتولى
حفظ هذا الشيء ، وعلى أن يردّه عيناً » (١).
ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادة ٤٨٢/٥٩٠ (٢).

(٥) مراجع في عقد الوديعة : هيك ١١ - لوران ٢٧ - ديفرچيه (نكلة توليه) ٦ -
ترولون في الوديعة - جيوار في القرض والوديعة والحراسة سنة ١٨٩٢ - بون في العقود
الصغيرة ١ - بودري وغال في الشركة والقرض والوديعة الطليعة الثالثة سنة ١٩٠٧ - إيدان
(رودوير) ١٢ الطليعة الثانية سنة ١٩٣٨ - أوبري ورو وإسان ٦ الطليعة السادسة سنة ١٩٥١ -
بلائيول وريبير وسالتييه ١١ الطليعة الثانية سنة ١٩٥٤ - صي باج ٥ - Chapoutot
في إيداع النقود في البنك . Legal في إيداع الأوراق المالية في البنك باريس سنة ١٩٢٦ -
Berme في وديعة الفنادق رسالة من يوردوسنة ١٩٣٠ - Tunc في عقد الحفظ رسالة من
باريس سنة ١٩٤١ - بلائيول وريبير وبولانجيه ٢ الطليعة الثالثة سنة ١٩٤٩ - كولان وكابيتان
وحى لامورانديير ٢ الطليعة العاشرة سنة ١٩٤٨ - چوسران ٢ الطليعة الثالثة سنة ١٩٣٣ -
أنيسكلويدي دالوز ٢ سنة ١٩٥٢ لفظ Dépôt .
عقد كامل مرسى في العقود المسماة سنة ١٩٤٩ - محمد علي حرقة في التأمين والعقود الصغيرة
الطليعة الثانية سنة ١٩٥٠ .

وفي إشارتنا إلى هذه المراجع المختلفة نحيل إلى الطبعات المبينة فيما تقدم .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٩٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق
لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٥٠ في المشروع
النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٨ (مجموعه
الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٢ - ص ٢٤٣) .

(٢) التقنين المدني القديم م ٥٩٠/٤٨٢ : الإيداع عقد به يسلم إنسان متغولاً لإنسان
آخر يتعهد بحفظه بدون اشتراط أجره كما يحفظ أموال نفسه ، ويرده بعينه عند أول طلب
يحصل من المودع .

(ويعتلف التقنين المدني القديم عن التقنين المدني الجديد في أمور ثلاثة : (١) الوديعة
في التقنين القديم عقد عيني لا يتم إلا بالتسليم ولذلك عرف بأنه عقد به يسلم إنسان ، أما في التقنين
الجديد فهو عقد رضائي ولذلك ورد في المادة ٧١٨ ملف جديد أن المودع عنده يلتزم بأن يتسلم .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٦٨٤ - وفي التقنين المدني الليبي م ٧١٨ - وفي التقنين المدني العراقي م ٩٥٠ - ٩٥١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١/٦٩٠^(١) .
ويخلص من التعريف المتقدم الذكر أن لعقد الوديعة خصائص تجعل أهمها فيما يأتي :

أولاً - الوديعة عقد رضائي ، إذ هي تتم بمجرد توافق الإيجاب والقبول دون حاجة إلى شكل خاص ، ولأنها ليست كذلك بعقد عيني إذ لا يشترط في انعقادها تسليم الشيء المودع إلى المودع عنده ، وتسلم الشيء المودع ليس ركناً في الوديعة بل هو التزام في ذمة المودع عنده بعد أن تنقضي الوديعة^(٢) .

= الثاني ، فالتسليم التزام ينشأ من العقد لا ركن فيه . (٢) ينص التقنين القديم صراحة على أن الشيء المودع يكون منقولاً . (٣) يشترط التقنين القديم أن تكون الوديعة دون أجر فإذا كانت بأجر أصبحت عقد مقارلة (م ٩١/٤٨٣ مقي قديم) ، أما التقنين الجديد (٧٢٤م) فيميز أن تكون الوديعة بأجر مع بقائها وديعة .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٨٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧١٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٥٠ : ١ - الأمانة هي المال الذي وصل إلى يد أحد بإذن صاحبه

حقيقة أو حكماً لا على وجه التملك ، وهي إما أن تكون بعقد استعانة كالوديعة ، أو ضمن عقد كالمأجور والمستأجر ، أو بدون عقد ولا قصد كالموكلت الربح في دار شخص مال أحد .
٢ - والأمانة غير مفسوقة على الأمين بالملاك ، سواء كان يسبب يمكن الترحضه أو لا ، وإنما يضمها إذا هلكت بعينه أو بحد أو تقصير منه .

م ٩٥١ : الإيداع عقد به يحمل المالك أومن يقوم مقامه حفظ ماله إلى آخر ، ولا يتم إلا بالتبليغ .

(ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أن الوديعة في الأول عقد عيني وفي الثاني عقد رضائي) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١/٦٩٠ : الإيداع عقد مقتضاه يتسلم المودع من المودع شيئاً منقولاً ، ويلتزم بحفظه ورده .

(والوديعة في التقنين اللبناني عقد عيني ، وهي في التقنين المصري عقد رضائي) .

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في هذا الصدد : « يتضح من هذا التصريح (الوارد بالمادة ٧١٨ مقي) أن الوديعة عقد رضائي ، يلتزم الشخص بموجبه أن يتسلم شيئاً منقولاً أو مفقاراً ، ثم يرده عينا . فالعقد يتم قبل تسليم الشيء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٢٤٢ - ص ٥٤٣) .

ولم يكن الأمر كذلك في التقنين المدني السابق ، إذ كانت الوديعة - هي والقرض والعارية ورهن الحيازة - عقداً عينياً لا يتم إلا بالتسليم . وقد قدمنا أن التقنين المدني السابق كان يسير في ذلك على غرار التقنين المدني الفرنسي ، وكلا التقنينين ورث هذه العينية عن القانون الروماني . وكانت العينية مفهومة في القانون الروماني إذ أن هذا القانون لم يسلم بأن الراضي وحده كاف لانعقاد العقد إلا في عدد محصور من العقود سمي بالعقود الرضائية وليست الوديعة من بينها . وكانت العقود في هذا القانون شكلية في الأصل ، ثم استغنى عن الشكل بالتسليم في العقود العينية ومنها الوديعة . أما اليوم فقد أصبحت القاعدة أن الراضي كاف لانعقاد العقد ، فلم يعد هناك مقتضى لإحلال التسليم محل الشكل . وكان الواجب أن تتحرر الوديعة من قيود رومانية لم يعد لها اليوم مبرر ، وهذا ما تم في التقنين المدني الجديد^(١) .

ثانياً - والوديعة ، كالوكالة ، هي في الأصل من عقود التبرع ، وتكون من عقود المعاوضة إذا اشترط فيها الأجر . والوديعة غير المجورة ، كالعارية ، من عقود التفضل (actes de bienfaisance) لا من الهبات (libéralités)^(٢) . وإذا صارت الوديعة بالأجر من عقود المعاوضة ، فهي أيضاً كالوكالة

(١) انظر في ذلك بالنسبة إلى عقد القرض وفي أنه لا توجد أهمية عملية من القول بأن الوديعة عقد عيني لا يتم إلا بالتسليم ، فمضى لو كانت عقداً عينياً لأنكن الوصول إليها من طريق الوعد بالوديعة : الوسيط ٥ فقرة ٢٦٦ - وبالنسبة إلى عقد العارية : الوسيط ٩ فقرة ٨٢٤ . وقد سائر التقنين المدني الجديد في رضائية عقد الوديعة تقنين الالتزامات السويسري . (م ١/٤٧٢) . أما في التقنين المدني الفرنسي (م ١٩١٥) ، وفي المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٦٤٦) ، وفي التقنين الألماني (م ٦٨٨) ، وفي التقنين البولوني (م ١/٥٢٢) ، وفي التقنين البيلاني (م ١/٦٩٠) وفي التقنينات التونسية والمراكشي (م ٧٨١/٩٩٥) ، فالوديعة عقد عيني (انظر الجزء الثالث من المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدني ص ٥٩٨ : وقد ورد فيها أن نص التقنين المدني الجديد مطابق للمشروع الفرنسي الإيطالي م ١/٦٤٦ ، والصحيح أن المشروع الفرنسي الإيطالي يحجر الوديعة عقداً عينياً كما فعلنا ، والتقنين الذي يصيرها عقداً رضائياً هو تقنين الالتزامات السويسري - انظر محمد علي حرقه ص ٤٤٩ وهامش ٤) . ويقال عادة في تأييد عينية عقد الوديعة إن الالتزام الأساسي فيها هو حفظ الشيء ولا يتصور أن يلتزم إنسان بحفظ شيء ولما يتسلمه به (محمد علي حرقه ص ٤٥٠) . ومع ذلك يمكن أن ننصّر أن المتأجر يلتزم بحفظ العين المؤجرة قبل أن يتسلمها ، ولم يقل أحد إن الإيجار ينهني أن يكون عقداً عينياً . (٢) الوسيط ١ فقرة ٥٩ و ٦٥ فقرة ٨٢٤ .

المأجورة ليست من عقود المضاربة^(١) ، وهذا ما يميز بينها وبين المقاوله وعقد العمل كما سيجي .

ثالثا - والوديعة ، كالوكالة أيضاً ، هي في الأصل عقد ملزم لحانب واحد . وتبقى على هذا الأصل في الغالب لأنها لا تكون عادة مأجورة ، بخلاف الوكالة فيطلب فيها الأجر . وإذا كانت الوديعة غير مأجورة ، فإن المودع لا يترتب عادة في ذمته بالوديعة أى التزام ، وتكون الالتزامات كلها في جانب المودع عنده فيلزم بتسلم الشيء المودع وبخفظه وبرده . ولكن يقع أن تكون الوديعة مأجورة فيلزم المودع بالأجر ، كما يقع أن يترتب في ذمة المودع التزام برد المصروفات أو بالتعويض وسرى أن هذا التزام ينشأ من عقد الوديعة ذاته ، في هذه الأحوال تكون الوديعة عقداً ملزماً للجانبين^(٢) .

رابعا - والوديعة تتميز ، كالوكالة ، بتغلب الاعتبار الشخصي (intuitu personae) ، وهذا الاعتبار أبرز في شخص المودع عنده منه في شخص المودع . ومن ثم تنهى الوديعة بموت المودع عنده كما سيجي ، ولا يجوز للمودع عنده أن يحل غيره محله في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة (م ٧٢١ مدني) ، وسيأتي بيان ذلك .

خامسا - والوديعة عقد غير لازم من جانب المودع ، وسرى أن للمودع طلب رد الشيء المودع في أى وقت ولو قبل انقضاء الأجل ، ما لم يكن الأجل في مصلحة المودع عنده .

سادسا - والوديعة تتميز أخيراً بأنها عقد يلزم به المودع عنده التزاماً أساسياً بحفظ الشيء المودع . فلا ودية إذا لم يكن هناك التزام عقدي بالحفظ . فإذا ترك الشيء صاحبه عند آخر ، دون أن يلزم هذا الآخر صراحة أو

(١) بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠١٨ ص ٥٦١ .

(٢) انظر مايل فقرة ٣٧٧ - وقرب كولان وكايتان ودى لامورالديير ٢ فقرة ١٢٣٢ - وقارن بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠١٨ - پلاتنيول وريير وماقاتيه ١١ فقرة ١١٧٠ ص ٥٠٢ - پلاتنيول وريير ويولاتيه ٢ فقرة ٢٨٦٠ - جوسران ٢ فقرة ١٣٦٦ - محمد على عرفة ص ٤٥٢ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٣ .

ضمنًا يحفظه ، لم يكن هناك عقد ودية^(١) . مثل ذلك أن يترك الخادم أمتعته في منزل مخدمه^(٢) ، أو يضع العامل ملابسه التي يرتديها بعد العمل أو دراجته في فناء المصنع إلى أن ينهى عمله اليومي^(٣) ، أو يضع الشخص معطفه أو مظلة أو عصاه في منزل يزوره أو مطعم أو مقهى يرتاده أو صالون للحلاقة ، يدخل فيه^(٤) ، أو يخلع الشخص ملابسه في « كابين » ليستحم أو في ناد رياضي يمارس اللعب أو عند حائك ليغرب الملابس الجديدة التي يخطها الحائك^(٥) . ففي جميع هذه الأحوال لا يوجد عقد ودية إلا إذا تبين من الظروف أن المودع عنده قصد أن يلتزم بحفظ الشيء المودع ، كأن يخصص مكانًا لحز هذه الأشياء ، أو وكل إلى مستخدم تسليمها وإعطاء صاحبها ورقة تحمل رقمًا (ticket) ليستردها بها^(٦) ، أو أعد جراجًا لحفظ السيارات ،

(١) انظر في هذا المعنى وفي الأمثلة وأحكام القضاء الفرنسي التي سنورها بلانيول وديير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٨ .

(٢) نقض فرنسي ٤ فبراير سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ٢٦٣ .

(٣) نقض فرنسي ٢ يولي سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٢٨٥ - ٢٤ يولي سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٤١ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ١٦ - ١٧ فبراير سنة ١٩٢٨ سيري ١٩٢٨ - ١ - ١٩٧ - ١٥ يولي سنة ١٩٤٩ سيري ١٩٥٠ - ١ - ١٩ (وفي هذه القضية الأخيرة وضع رب العمل إعلانًا بأنه غير مسئول عن حفظ الأشياء . ومع ذلك فقد قضى بأنه قد يتبين من الظروف أن هناك ودية اضطرارية بالرغم من هذا الإعلان : باريس ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٥٠ - ٧٥٩ - ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ جازيت دي پاليه ١٩٥٠ - ١ - ٢٩٩) .

(٤) ليون الابتدائية ١١ مايو سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٤ - ٢ - ٣٢٧ - ١٠ أغسطس سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٤ - ٢ - ٤٦٩ - ٤٦٩ - ٢٤ أيسن يولي سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعي ١٩٢٤ - ٥٥٤ - ٣٠ يولي سنة ١٩٢٧ دالوز ١٩٤٧ - ٤٢٣ - ومع ذلك انظر باويس ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٥٠ - ٧٥٩ - ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ جازيت دي پاليه ١٩٥٠ - ١ - ٢٩٩ .

(٥) كان ١٧ ديسمبر سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٦ - ٢ - ١٩٠ - باريس ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٣٢٣ - باريس محكمة الصلح ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٥ - ٢ - ١٩١ - ١٧ أغسطس سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧ - ٥ - ٢ - تولوز محكمة الصلح ٤ أبريل سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٦ - ٥ - ٥٩ - أيسن ١٦ مايو سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعي ١٩٢٧ - ٥٠٤ - ٢١ يناير سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ١٧٣ .

(٦) انظر آنفًا فقرة ١٩٩٠ .

والدرجات^(١) . وليس يكفي أن يلتزم الشخص بحفظ الشيء ، فالمستأجر يلتزم بحفظ الشيء المؤجر ، والمستعير يلتزم بحفظ الشيء المعار ، والمقاول يلتزم بحفظ المادة التي قدمها رب العمل ، والوكيل يلتزم بحفظ أموال الموكل التي تقع في يده ، والشريك يلتزم بحفظ أموال الشركة التي يعهد بها إليه ، والمرتهن رهن حيازة يلتزم بحفظ المال المرهون ، ولا يعتبر أي عقد من هذه العقود ودیعة . وإنما يجب أن يكون الالتزام بحفظ الشيء هو الغرض الأساسي من العقد ، فالوديعة غرضها الأساسي هو الحفظ بالذات . أما الإيجار والعارية فالغرض الأساسي منهما هو الانتفاع بالشيء ، والمقولة والوكالة غرضهما الأساسي القيام بعمل معين ، والشركة غرضها الأساسي اقتسام ما قد ينشأ من نشاط الشركة من ربح أو خسارة ، ورهن الحيازة غرضه الأساسي تأمين الدين ، والالتزام بالحفظ في هذه العقود إنما يدخل تبعاً للغرض الأساسي وبصفة غير أصلية^(٢) .

(١) نقض فرنسي ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٢ سي ١٩٣٤ - ١ - ١٢٩ - ليون ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ سي ١٩٢٩ - ٢ - ٩٥ - بوردو ٨ يناير سنة ١٩٤٧ J.C.P. ١٩٤٨ - ٢ - ٤٠٣٣ - السين ١٦ مايو سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعي ١٩٢٧ - ٥٠٤ - قالت الابتدائية ١١ مارس سنة ١٩٤٧ دالوز ١٩٤٧ - ٣٥٩ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠١ ص ١٦٨ - بلانيرول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١١٦٨ ص ٤٩٦ - ص ٤٩٧ .

(٢) نقض فرنسي ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٧ - ١ - ٤٣ - ليموج ١٦ يناير سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩ - ٢٠٥ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠١ ص ١٦٥ - بلانيرول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١١٦٨ ص ٤٩٧ - ص ٤٩٨ - جوسران ٢ فقرة ١٣٦١ - أنسيكلوبي دالوز ٢ لفظ *Dépôt* فقرة ٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن مصلحة الجمارك إذ تسلم البضائع المستوردة وإذ تتبقيها تحت يدّها حتى يوفى المستورد الرسوم المقررة لا تنفع اليه حل هذه البضائع كودج لديه متبرع بخدماته لمصلحة المودع ، بل تحتفظ بها بناء على الحق الموقوف لها بالقانون ابتناء تحقيق مصلحة خاصة بها وهي وئان الرسوم المستحقة ، ومن ثم فإنه في حالة فقد البضائع لا يجوز لها التحلّي بأحكام عقد الوديعة وبأن مسئوليتها لا تنمو مسئولية المودع لذيه بلا أجر ، وذلك لانتهاء قيام هذا العقد الذي لا يقوم إلا إذا كان القصد من تسليم الشيء أساساً هو المحافظة عليه ووده للمودع عند طلبه . فإذا كانت المحافظة حل الشيء متضررة من أصل آخر كما هو الشأن في الرهن الحيازي ، انتهى القول بوجود تطبيق أحكام الوديعة (نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام تنسّص ٦ رقم ١١٢ ص ١٥٤٥ - انظر حكس ذلك وأن مصلحة الجمارك تعتبر مودعا عنها غير مأجورة : استئناف مخطط ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٣٤) . ونقض من جهة أخرى بأن ويجوز للقودم

٣٣٥ — تمييز عقد الوديعة عن العقود الأخرى : سبق أن استعرضنا ، فيها قدمناه من العقود المسماة ، كيف يتميز عقد الوديعة عن العقود الأخرى ، فخصير هنا في إيجاز إلى ما قدمناه من ذلك .

قد يدق التمييز بين الوديعة والبيع فيما يسمى بعقد المحاسبة (content estimatif, aestimatum) . فيودع مثلاً تاجر الحملة بمجوهرات عند تاجر التجزئة لبيعها ، على أن يرد له ثمنها بسعر معين إذا باعها أو يردها هي بذاتها إذا لم يتمكن من بيعها . وكالمجوهرات الكتب والبضائع المختلفة يودعها أصحابها في المكتبات أو عند تجار التجزئة لبيعها على هذا النحو . فإذا بيعت جاز اعتبار العقد وكالة مأجورة ، أو جاز اعتباره بيعاً من تاجر الحملة إلى تاجر التجزئة بالسعر المعلن وهو يبيع معلق على شرط واقف هو أن يتمكن تاجر التجزئة من بيع البضاعة بالثمن الذي حددده والفرق بين هذا الثمن والسعر المعلن هو مكسب تاجر التجزئة . والقول بتكليف أو تأخر يتوقف على نية المتعاقدين ، ويستخلصها قاضي الموضوع من ظروف الواقع . أما إذا لم يبيع تاجر التجزئة البضاعة وردها بعينها إلى صاحبها ، جاز اعتبار العقد وديعة^(١) ، وتكون وديعة معلقة على شرط فاسخ هو البيع^(٢) .

المستحصلة من الأموال الأميرية طرف الصراف يعتبر أنه على سبيل الوديعة ، فإذا سرقت منه هذه النقود فالحكومة هي التي تتحمل الخسارة طبقاً للإادة ٨٩ مدني ، ولا يلزم الصراف بدفع المبلغ من ماله الخاص (استئناف وطني ٢٤ نولير سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٩١ ص ٩٠) .

(١) بودوي وقال في الوديعة فقرة ١٠١٥ .

(٢) انظر في هذه المسألة الوسيط ٤ فقرة ١١ ص ٣١ - ص ٣٢ - فلاتيه في العقود لحساب النير فقرة ١٧٦ - فقرة ١٩٠ - وانظر في أن العقد لا يمكن أن يكون وكالة ، إذ ليس على تاجر التجزئة أن يقدم حساباً ، ويجوز له شراء البضاعة لنفسه ، وإذا حلت البضاعة بسبب أجنبي تحمل قيمة الملاك خلافاً للوكيل : فلاتيه في العقود لحساب النير فقرة ١٧٨ - فقرة ١٨٠ - وانظر في أن العقد يبيع تحت شرط واقف : نقض فرنسي ٢٢ يونيو سنة ١٨٦٠ دالوز ٦٠ - ١ - ٤٧١ - تولوز ٩ يوليو سنة ١٨٩١ دالوز ٩٤ - ٢ - ١٣٨ - ١٠ - يناير سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٦ - ٥ - ٧٢ - السين ١٥ فبراير سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ٢ - ٨٨ . وانظر في انتقاد تكليف أن العقد يبيع تحت شرط واقف : فلاتيه في العقود لحساب النير فقرة ١٨١ - فقرة ١٨٤ - وفي انتقاد أن العقد شركة فقرة ١٨٥ - أو وديعة فقرة ١٨٦ - أو مقالة أوسميرة فقرة ١٨٧ - وفي أن العقد هو عقد غير مسمى يلتزم فيه تاجر التجزئة التزاماً تغييرياً نحو تاجر الحملة إما يرد الشيء ذاته وإما يرد السعر المعلن فقرة ١٨٨ - وانظر في عقد المحاسبة للمواد ١٥٥٦ - ١٥٥٨ من التفتيش المدني الإيطالية المجلد .

وإذا سلم قطن ملحج بموجب إيصالات ذكر فيها أنه لا يجوز لحاملها طلب القطن عينا ، لم يكن العقد ودیعة ، فإذا تصرف صاحب الملحج في القطن بدون إذن صاحبه لم يعتبر ذلك تبليدا^(١) . وإذا اشترط في عقد البيع أن الملكية في المبيع تبقى للبائع حتى يجربه المشتري ، فإن وجود المبيع عند المشتري في فترة التجربة إنما يكون على سبيل الوديعة ، فإن تصرف فيه لإضراراً بصاحبه كان مبدأ^(٢) .

وتتميز الوديعة عن القرض ، فالوديعة لا تنقل ملكية الشيء ولا يجوز استعماله ويجب رده بالذات ، أما القرض فينقل ملكية الشيء على أن يرد مثله . ومع ذلك فقد يودع شخص في البنك مبلغاً عن التقود على أن يسترد مثله . وهذا ما يسمى بالوديعة الناقصة (dépôt irrégulier) . وقد اختلف في تكييف هذا العقد في فرنسا ، أما في مصر فقد حسم التفتين المدني الجديد هذا الخلاف واعتبر العقد قرضاً (م ٧٢٦ مدني)^(٣) ، وسيجيء تفصيل ذلك .

وتختلف الوديعة عن الإيجار في أن المودع عنده لا ينتفع بالعين المودعة أما المستأجر فينتفع بالعين المؤجرة ويدفع أجرة في مقابل هذا الانتفاع . وقد يقع لبس بين العقدين في أحوال ، أبرزها التعاقد مع مصرف على تفخيض خزانة لإيداع الأشياء الثمينة بها (location des coffres-forts) . وقد رجح أخيراً الرأي الذي يذهب إلى أن العقد ليس إيجاراً وإنما هو وديعة ، وهو من عقود الحفظ المهنية (contrats de garde) حيث يتخذ الشخص الوديعة

هـ وانظر في معنى أن العقد غير مسمى ما قضى به من أنه لا يعتبر مبدأ الصانع الذي يتسلم من صانع مثله قطعاً مصروغة من الذهب بشمن معين على أن يبيعها لحسابه ويدفع لصاحبها الثمن المتفق عليه ، أو يردّها مبيئاً إذا لم يبيعها ، فلم يفعل المثل لا هنا ولا هناك ، لأن العقد الذي يتم بين الصانين هو عقد غير مسمى لا يدخل في التقود التي نصت عليها المادة ٢٩٦ من قانون العقوبات : الوكيل ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٣٦٢ ص ٣٨٨ .

(١) نقض جنائي ٢١ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ٢ رقم ٣٣٧ ص ٤٨٨ .

(٢) نقض جنائي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٤٧ ص ٥٤٩ - ولكن قانون بلائيول وديبير وسالتييه ١١ ققرة ١١٧١ ص ٥٠٢ .

(٣) الوسيط ٥ ققرة ٢٧٢ .

بماجورة حرفة له ، كالمصرف بالنسبة إلى الخزنة ، وكصاحب الجراج العام بالنسبة إلى السيارات التي تودع عنده^(١) .

وتتفق الوديعة مع العارية في أن كلا من المودع عنده والمستعير يتسلم شيئاً للغير يحفظه عنده ويرده إليه عند نهاية العقد ، ولكن المودع عنده يتسلم الشيء ليحفظه دون أن يستعمله فالغرض الأساسي من العقد هو الحفظ كما قلنا ، أما المستعير فيتسلم الشيء ليتنفع به فالغرض الأساسي هو استعمال الشيء لا الحفظ . ومن ثم إذا أودع شخص بضائع في مخزن لآخر لحفظها فالعقد وديعة ، أو أذن له في استعمالها وكان هذا هو الغرض الأساسي من التعاقد فالعقد عارية^(٢) .

وتشبه الوديعة المأجورة بالمقاولة وب عقد الغنم ، إذ المودع عنده يقوم بعمل لمصلحة الغير هو حفظ الشيء لقاء أجر معلوم ، فهو مأجور على عمله كالمقاول والعامل . ولكن المودع عنده ، حتى لو كان مأجوراً ، ليس مضارباً ولا يبغي الكسب من وراء الأجر كما قلنا . على أن هناك من الودائع المأجورة ما يقترب من المقاولة إلى حد بعيد ، وذلك فيما قلناه من عقود الحفظ المهنية حيث يتخذ الشخص الوديعة المأجورة حرفة له فيكون في هذه الحالة مضارباً يبغي الكسب^(٣) .

(١) انظر في تفصيل ذلك الوسيط ٦ فقرة ١٠ .

(٢) انظر في ذلك الوسيط ٦ فقرة ٨٢٥ ص ١٥١٣ .

(٣) انظر في التمييز بين المقاولة والوديعة أنفاً فقرة ٧ - ولكن عقود الحفظ تبقى مع ذلك عقود وديعة لا عقود مقاولة ، وعلى ذلك يعتبر وديعة الإيداع في مخازن الإبداع بمصحات السكك الحديدية (باريس ٨ مارس سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٨ - ٢ - ٤٦٢) ، وفي الجرايات العامة (نقض فرنسي ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٤ سيري ١٩٣٥ - ١ - ١٤ - برومو ١٢ مايو سنة ١٩٣١ جازيت دي پاليه ٢٠ - ٢ - ٢٢٣) ، وفي المصارف اليهود إليها حفظ الأوراق المالية (المسيل - بوردو ولال في الوديعة فقرة ١١٧١ - السين ١٨ أكتوبر سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٤ - ٢ - ١٣٩ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ سيري ١٩٢٤ - ٢ - ٥٧ - ٩ - يوليو سنة ١٩٢٦ دالوز الأسبوعي ١٩٢٦ - ٤٣١) ، وفي المخازن العامة (نقض فرنسي ٢٧ يوليو سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ١ - ١٨٧ - بوردو وقال في الوديعة فقرة ١١٧١) ، وفي حملات الودائع (vestimiro) في الطعام والملابس والمهمات والكازينوهات (باريس ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٢٢٣ - السين ١٦ مايو سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعي ١٩٢٧ - ٥٠٤ - ٢٥ مارس سنة ١٩٥٣ جازيت دي پاليه ١٩٥٣ - ٢ - ٦١) .

وقد تقرن الوديعة بالوكالة . والأصل أن الوكيل إذا وقع في يده مال للموكل ، بئى العقد وكالة لأنه لم يتسلم المال لحفظه بل لتنفيذ الوكالة . ومع ذلك إذا أودع شخص مالا عند آخر لحفظه ، ووكله في الوقت ذاته بأن يدفع هذا المال بعد مدة معينة لدائن له يستوفى منه حقه ، فهذه وديعة مقرنة بوكالة . والحراسة ليست إلا وديعة مقرنة بتوكيل الحارس في إدارة المال الموضوع تحت الحراسة^(١) .

وتتفق الوديعة مع رهن الحيازة في أن صاحب الشيء يودعه في العقدين عند شخص آخر . ولكن الغرض الرئيسي في الوديعة هو حفظ هذا الشيء كما قدمنا ، أما في رهن الحيازة فالاحتفاظ به ليكون ضماناً للدائن^(٢) . وقد يرهن شخص شيئاً مودعاً عند آخر ، فيبقى المودع عنده حائزاً للشيء لحساب الدائن المرتين ، ومن ثم تكون هناك وديعة مقرنة برهن . وأكثر ما يقع ذلك عندما يرهن صاحب البضاعة بضاعته المودعة في مخزن عام ، وتبقى البضاعة مودعة في المخزن العام لحساب الدائن المرتين^(٣) .

٣٣٦ - التنظيم الشريعى لعقد الوديعة : وضع التقنين المدني الجديد الوديعة في مكانها الصحيح بين العقود الواردة على العمل ، ورتب أحكامها

« أما إذا دفع المبلل الصانع شيئاً يرميه ، أو أجراج سيارة يصلحها ، فالغرض الأساسى من العقد ليس هو حفظ الشيء بل إصلاحه ، ومن ثم يكون العقد مقاولة لا وديعة . كذلك في عقد النقل ليس الغرض الأساسى هو حفظ الأمتعة بل النقل من مكان إلى آخر ، ومن ثم لا يتضمن عقد النقل عقد وديعة (انظر في ذلك أوبرى ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠١ ص ١٦٥ - ص ١٦٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١٦ فقرة ١١٧٠ - بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٨٧٨ - فقرة ٢٨٨٢ - وقارن كولان وكابيتان ودي لاموراندجير ٢ فقرة ١٢٣٢ ص ٨٠٧) .

(١) انظر في اقتران الوديعة بالوكالة آنفاً فقرة ٢١٦ .

(٢) نفس قرنى ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٧ - ١ - ٤٣ - ٢٩ أكتوبر سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٥ - ١ - ٢٥ - لوران ٢٧ فقرة ٧٥ - جيوار فقرة ٢٦ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠١٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧١ ص ٥٠٤ .

(٣) نفس قرنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعى ١٩٣٢ - ٦٨ - ليون أول أبريل سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٧ - ٢ - ١١٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧١ ص ٥٠٤ هاش ٦ .

وانظر في اشتباه الوديعة بالشركة وبالقرض : استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٣٢٣ - ٨ - ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٧٣ - انظر الوسيط ٥ فقرة ٢٧١ .

ترتيباً منطقياً ، وأدخل تعديلات على أحكام التفتين المدين القديم في مواضع متفرقة . وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي تفصيل ذلك فيما يأتي : « وضعت الوديعة بين العقود الواردة على العمل . وربت أحكامها ترتيباً منطقياً ، فعرفت الوديعة ، ثم حددت التزامات الوديع والتزامات المودع . وذكرت بعض حالات تنطبق عليها أحكام الوديعة . إلا في مسائل معينة تنفرد بها بأحكام خاصة . ويختلف المشروع عن التفتين الحالي (القديم) في مسائل أهمها ما يأتي » :

« (١) جعل المشروع الوديعة عقداً رضائياً . كما فعل بالقرض والعارية ، وهي في التفتين الحالي (القديم) عقد عيني .

« (٢) بين المشروع بوضوح التزامات كل من الطرفين .

« (٣) فرق المشروع بين ما إذا كانت الوديعة عارية وبغير أجر ، وبين ما إذا كانت بأجر . فجعل في الحالة الأولى معيار العناية المطلوبة من الوديع معياراً شخصياً إذا كانت عناية العادية بأمواله الشخصية لا تفوق عناية متوسط الناس . وأما في الحالة الثانية فقد جعل المعيار معياراً موضوعياً ، فهو يفرض على الوديع عناية المتوسط من الناس ولو كانت عناية الشخصية بأمواله الخاصة دون ذلك المتوسط .

« (٤) عرض المشروع لبعض حالات من الوديعة أشار إليها التفتين الحالي (القديم) إشارة قاصرة ، ففصل المشروع أحكام كل منها ، ووضع لها ما تقتضيه من أحكام خاصة » (١) .

٣٣٧ — غلة البحث : وتبحث الوديعة في فصول أربعة ، فنبحث أركان الوديعة في الفصل الأول ، ثم آثار الوديعة في الفصل الثاني ، ثم انتهاء الوديعة في الفصل الثالث ، ثم بعض أنواع الوديعة في الفصل الرابع .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٤٠ - ص ٢٤١ - نصف إلى ذلك أمرين أصحح فيهما التفتين الجديد من عيوب التفتين القديم : (الأمر الأول) أن التفتين القديم كان يشترط أن يكون الشيء المودع منقولاً (٤٨٢م / ٥٩٠) مجازياً في ذلك التفتين المدين الفرنسي (١٩١٨م) ، ولم يشترط التفتين الجديد (م ٧١٨) أن يكون الشيء المودع منقولاً فيصح إذن أن يكون عقاراً ، وهذا هو الصحيح كما سئرى . (الأمر الثاني) أن التفتين القديم كان يشترط أن تكون الوديعة حرة (٤٨٢م / ٥٩٠) ، أما التفتين الجديد (م ٧٢٠ و ٧٢٤) فقد أجاز صراحة أن تكون الوديعة بأجر ، وهذا أيضاً هو الصحيح كما سئرى

الفضل الأول أركان الوديعة

٣٣٨ — **مطلبه ثلثة** : لعقد الوديعة ، شأنه في ذلك شأن سائر العقود ، أركان ثلاثة : التراضي والمحل والسبب .

الفرع الأول التراضي في عقد الوديعة

٣٣٩ — **شروط انعقاد وشروط الصحة** : نتكلم في شروط الانعقاد في التراضي ، ثم في شروط صحة التراضي .

المبحث الأول شروط الانعقاد

٣٤٠ — **توافق الإرادة والقبول** : **طاف في عمر الوديعة** : الوديعة كما قدمنا عقد رضائي ، فيكنى لانعقادها توافق الإيجاب والقبول من المودع والمودع عنده . وليس التسليم ركناً فيها كما كان الأمر في عهد التقنين المدني القديم^(١) ، إذ كانت عقداً عيبياً كما سبق القول .
ولانوجد أحكام خاصة بعقد الوديعة في هذا الصدد ، ومن ثم تسرى القواعد العامة المقررة في نظرية العقد . فإذا أعطى شخص شيئاً لآخر وقصد أن يكون وديعة ، واعتقد الآخر أنه هبة أو عارية ، لم يتوافق الإيجاب والقبول ،

(١) قارن تقنين الموجبات والالتزامات حيث المارية عقد عيني ، ومن ثم تنص المادة ١٩٥ من هذا التقنين على أن « يتم عقد الإيداع بقبول القريطين وبتسلم الشيء - ويكنى التسليم المحكن عندما يكون الشيء المراد إيداعه موجوداً من قبل في حوزة الوديع بسبب آخر » .

فلا يتعد العقد لابعثاره هبة ولا باعتباره عارية ولا باعتباره ودية . كذلك لو أعطى شخص شيئاً لآخر وقصد أن يكون هبة ، وقبله الآخر على أنه ودية ، لم يكن هناك لاهبة ولا ودية ، لأن الإيجاب والقبول لم يتوافقا على ماهية العقد . وتسرى الأحكام المتعلقة بطرق التعبير عن الإرادة تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمنياً ، والوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره ، وموت من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقدته لأهليته ، والتعاقد ما بين الغائبين ، والنيابة في التعاقد ، وغير ذلك من الأحكام^(١).

ومذ أصبحت الوديعة عقداً رضائياً ، صار الوعد بالوديعة يعدل الوديعة نفسها ، ولم تعد هناك أهمية للتمييز بينهما^(٢).

والذي يملك أن يودع الشيء هو في الأصل مالكه ، فيجوز للمالك أن يودع ملكه ، وكذلك يجوز الإيداع من النائب عن المالك . وكلا كان أو ولياً أو وصياً أو قياً . ولكل من له حق التصرف في الانتفاع بالشيء أن يودعه ولو لم يكن مالكاً له ، فيجوز الإيداع من صاحب المنفعة ، ومن المستأجر ، ومن المستعير ، ومن المرتهن رهن حيازة^(٣) ، ولهؤلاء جميعاً أن يودعوا الشيء حتى عند المالك نفسه . أما من لا يملك التصرف في الانتفاع بالشيء فلا يجوز له في الأصل الإيداع ، فالمدعى عنده لا يملك أن يودع الشيء من الباطن إلا بإذن المدعى ما لم يكن مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة (م ٧٢١ مدني) كما سيجيء . وإذا أودع الشيء من لا يملكه وليس له التصرف في الانتفاع به ، لم تنفذ الوديعة في حق المالك ، فإذا أودع السارق

(١) وقد أورد التقنين المدني العراقي نصاً عاماً باتقارن الوديعة بشرط أراد به تعديل أحكام المذهب الحنفي فيما يتعلق باتقارن العقد بالشروط ، فنصت المادة ٩٥٩ من هذا التقنين على أنه « إذا اشترط في عقد الوديعة شرط على الوديع ، وكان الشرط مفيداً ومراعاه ممكنة ، وجبده اختياره والاصل به . وإن كان غير مفيد أو كان مفيداً ولكن مراعاته غير ممكنة ، فهو لغو لا يعمل به » .

(٢) انظر مثل ذلك بالنسبة إلى القرض الوسيط • فقرة ٢٧٩ ص ٤٣٥ ، وبالنسبة إلى العارية الوسيط ٦ فقرة ٨٣١ ص ١٥١٧ .

(٣) ولم أن يتردوا الشيء المدعى بالوديعة لا بدعوى الاستحقاق ، إذ هم لا يملكون الشيء المدعى (أوبري ورو وإلهان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧٠ هاش ٥) .

المسروق عند شخص آخر ، صحت الوديعة فيما بين المتعاقدين^(١) ، ولكنها لا تنفذ في حق المسروق منه ، ولهذا أن يسترد الشيء المسروق من المودع عنده^(٢) .

٣٤١ - إثبات المودعة : والأصل في الوديعة أن تكون عقداً مدنياً ، ما لم تكن تابعة لعمل من أعمال التجارة فتعتبر عندئذ عقداً تجارياً^(٣) ، كما إذا أودع تاجر بضائعه في مخزن عام فيكون العقد تجارياً من جانب كل من المودع والمودع عنده ، وكما إذا أودع شخص نقوده في مصرف فيكون العقد تجارياً من جانب المودع عنده ومدنياً من جانب المودع .

فإذا كانت الوديعة عقداً تجارياً ، جاز لإثباتها بجميع الطرق ، ويدخل في ذلك البينة والقرائن أيا كانت قيمة الوديعة ولو زادت على عشرة جنيهات^(٤) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى : « فالعقد (الوديعة) يتم قبل تسليم الشيء ، وهو لا ينتقل إلى المودع إلا الحيازة المادية للشيء : انظر م ٢٢٢٥ من التفتين الأرجنتيين ، فلا يجره ملكية ذلك الشيء ولا استهلاكه ولا استغلاله . فلا يشترط فيه إذن أن يكون المودع مالكا ، إذ أنه عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئا من آخر سواء أكان هذا الآخر مالكا أم غير مالك : انظر في هذا المعنى م ١٠٠٠ من التفتين الفرنسي وم ٧٨٦ من التفتين المراكشي وم ٦٩٤ من التفتين اللبناني . وانظر عكس ذلك م ١٩٢٢ من التفتين الفرنسي » (مجموعة الأعمال التوضيرية م ٢٤٣) .

(٢) هيك ١١ فقرة ١٣٢ - جيوار فقرة ٣١ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٣٤ - أوبرى ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧٠ - پلاتيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٧ ص ٤٩٦ - كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ١٢٣٥ - محمد علي عرفة ص ٤٦٠ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٨ - وتنص المادة ٦٩٤ من تفتين الموجبات والمقود اللبناني في هذا الصدد : « ليس من الضرورة لصحة الإيداع بين الفريقين أن يكون المودع مالكا للوديعة أو واضعا يده عليها بوجه شرعي » .

(٣) هيك ١١ فقرة ٢٣٣ - جيوار فقرة ٤٠ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٤٦ وفترة ١١٨٠ مكررة ثالثا ومع ذلك انظر فقرة ١٠١٨ ص ٥٦١ - أوبرى ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧١ - محمد علي عرفة ص ٤٥٧ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٠ ص ٤٠٦ وفترة ٣١٠ ص ٤١٦ - نقض فرنسي ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٥ - ١ - ٤٧ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ سيريه ١٩٣٤ - ١ - ١٢٩ .

(٤) نقض فرنسي ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ١٦ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ سيريه ١٩٣٤ - ١ - ١٢٩ (عامل يودع عند رب المصنع دراجته أو ملبسه ، فيجوز إثبات الوديعة عند رب المصنع بالبينة والقرائن) - ليون ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ الأسجوس -

أما إذا كانت الوديعة عقداً مدنياً ، فإن القواعد المقررة في الإثبات هي التي تسرى^(١) ، فيجوز الإثبات بجميع الطرق إذا لم ترد قيمة الوديعة على عشرة جنهات . فإن زادت على هذه القيمة ، لم يجز الإثبات إلا بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة معزز بالبينّة أو بالقرائن^(٢) ، أو بالإقرار^(٣) ، أو باليمين^(٤) . كذلك يجوز الإثبات بالبينّة أو بالقرائن إذا حال مانع مادي أو أدبي دون

= القضاء (Sem. Jur.) ١٩٢٩ ص ٥٣٠ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٩٤٦ - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٧ .

(١) بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٤٦ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧٠ - ص ١٧١ - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٧ - كولان وكايتان ودي لاموراندنيير ٢ فقرة ١٢٣٤ .

(٢) بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٧ - وتقديم ورقة تحدد رقما (ticket) دليل كاف على واقعة الإيداع ، ولحال هذه الورقة أن يثبت محل الوديعة بجميع طرق الإثبات (كان ١٧ ديسمبر سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٦ - ١ - ١٩٠ - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٨ - ص ٥٠٩) . وقد يمد رفض الخصم الحضور شخصياً أو الإجابة مبدأ ثبوت بالكتابة (أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧١ هامش ٨) .

(٣) والوصول إلى الإقرار يجوز استجواب الخصم (ديجون ١٢ مايو سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٧ - ٢ - ١٢٩ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٤٨) . وأطلب حضوره شخصياً (روان ٣١ يناير سنة ١٨٥١ دالوز ٥٢ - ٢ - ٨٤) - وإقرار المودع عنه لا يكون حجة على الغير ، كدائن يريد الحجز على الشيء المودع باعتباره مملوكاً للسودع عنه فيقرر هذا الأخير بأنه وديعة (أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧١ - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٨ - كولان وكايتان ودي لاموراندنيير ٢ فقرة ١٢٣٤) - وإذا أقر المودع عنه بالوديعة ولكنه قال إنه ردها ، لم يجزاً عليه إقراره ، ووجب على المودع أن يثبت أن المودع عنه لم يرد الوديعة (بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٤٧ ص ٥٧٥ - كولان وكايتان ودي لاموراندنيير ٢ فقرة ١٢٣٤ ص ٨٠٨) . وإذا أقر المودع عنه بالوديعة في شيء دون آخر ، وجب على المودع إثبات الوديعة في الشيء الآخر ، كذلك إذا أقر بالوديعة في ذاتها دون الشيء المودع فإنه يجب على المودع أن يثبت ذاتية الشيء المودع (بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٤٧) . وقد يترك المودع عنه بعه موته إقراراً مكتوباً بالوديعة ، فيعتبر هذا الإقرار دليلاً كتابياً على الوديعة (بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٤٧ ص ٥٧٤ هامش ٤) .

(٤) فإذا لم يوجد دليل كتابي على الإيداع أو على محل الوديعة ، صدق المودع عنه في هذه الوقائع يسميه (انظر م ١٩٢٦ مقي فرنسي - ترولون فقرة ٤٦ - جيوار فقرة ٤٠ - هيك ١١ فقرة ٢٣٣ - فقرة ٢٣٤ - يون ١ فقرة ٤١١ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧٠ - ص ١٧١ - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٨) .

الحصول على دليل كتابي^(١) ، أو إذا فقد السند الكتابي لسبب أجنبي^(٢) .
وتسرى قواعد الإثبات المتقدمة الذكر حتى في المسائل الجنائية ، كما إذا
وجب إثبات الوديعة في مناسبة جريمة التلبس^(٣).

(١) وقد يحول دون الحصول على الدليل الكتابي غش الطرف الآخر (نقض فرنسي
٥ يناير سنة ١٨٨٢ دالوز ٨٣ - ١ - ٣٦٦ - ١٤ يوفيه سنة ١٩٠٦ سبريه ١٩٠٦ - ١ -
٢٩٣) ، أو قيام صلة قرابة تربط الطرفين (ليون ٧ فبراير سنة ١٩٢٤ دالوز الأسبوعي
١٩٢٤ - ٣٢٢ : وقد اعتبر هذا الحكم صلة القرابة بينعمة وابن أختها غير كافية لقيام
المانع الأدبي) ، أو جريان العادة بعدم الحصول على دليل كتابي (باريس ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢
دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٣٢٣) ، أو أن تكون الوديعة اضطرارية كما سيحي . انظر في ذلك أيضاً
أوبري وروواسان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧١ .

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٢١٥ ملغى (قديم) تبني إثبات عقد الوديعة بالينة في حالة
وجود مانع لدى صاحب الحق من الحصول على سند بالكتابة من غريمه . وقد يكون المانع مادياً .
كما يجوز أن يكون أدبياً . وتقدير ذلك على كل حال لمحكمة الموضوع . فإذا رأى قاضي الموضوع
للازمة الأخيرة بين المودع والمودع لديه ولا اعتبارات أخرى أوردتها في حكمه قيام هذا المانع
المسوغ لإثبات الوديعة بالينة ، فلا معقب على قضائه في ذلك (نقض جنائي ٣ يونيو سنة ١٩٣٥
مجموعة عمر الجنائية ٣ رقم ٣٨٣ ص ٤٨٧) .

ولا يجوز القول إن الجليل الذي يوليه المودع عنده للمودع بقبوله الوديعة ، وبخاصة إذا
كانت بغير أجر ، يكون مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على الكتابة (بودري وقال في الوديعة
لفقرة ١٠٤٥) .

(٢) هي ١١ فقرة ٢٣٣ - جيوار فقرة ٤٠ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١٠٤٦ -
محمد علي عرفة ص ٤٥٧ .

(٣) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٠ - مصر المختلطة ٢ أغسطس
سنة ١٩٢٨ م ٥١ ص ١ - نقض فرنسي جنائي ٢ ديسمبر سنة ١٨١٣ و ٥ مايو سنة ١٨١٥
و ١٠ أبريل سنة ١٨١٩ S. Chr. ١٢ أغسطس سنة ١٨٤٨ دالوز ٤٨ - ٤ - ٩٩ -
أول سبتمبر سنة ١٨٤٨ دالوز ٤٩ - ١ - ٢٢ - ترولون فقرة ٤٧ - ديفرجه فقرة ٤١٧ -
لوران ٢٧ فقرة ٨٨ - هي ١١ فقرة ٢٣٣ - جيوار فقرة ٤٥ - بون ١ فقرة ٤٠٤ - بودري .
وقال في الوديعة فقرة ١٠٥٢ - بلانيرول وبيير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٩ - محمد
علي عرفة ص ٤٥٦ .

ووجوب اتباع القواعد العامة في الإثبات إنما يكون فيما بين المودع والمودع عنه ، أما
بالنسبة إلى الغير إذا تعدى على الشيء المودع ، فليس المودع في حاجة إلى إثبات الوديعة ، وعليه
فقط أن يثبت التمدى وهو واثمة مادية ، يجوز إثباتها بجميع الطرق . وقد قضت محكمة النقض
في هذا المعنى بأن الدعوى المرفوعة على سيد وخادمه ، يطلب الحكم عليها متضامين بأن يدفعاً إلى
المدعية مبلغاً تمويضاً لها عن عيث الخادم يحمل كانت في عليه استدعتها السيد ، هي دعوى متضمنة
في الواقع دعوىين : الأولى أساسها الجريمة المنسوبة إلى الخادم ، وفيها يدور الإثبات بين وبينه .

وبعنى المودع في كثير من الأحيان أن تكون في يده ورقة مكتوبة تثبت الوديعة ، حتى لا يصطدم بدعوى المودع عنده أن الشيء المودع قد سلم له على سبيل الهبة اليدوية أو على سبيل العارية ، والظاهر يؤيده لأنه حائز للشيء^(١) . كذلك قد يعنى المودع عنده أن تكون في يده كتابة تثبت الوديعة ، حتى إذا أنكرها المودع وأراد اعتبار المودع عنده مقتصباً يجب مساءلته عن التعويض استطاع هذا الأخير رفع الدعوى بإثبات الوديعة .

المبحث الثاني

شروط الصحة

٣٤٢ — الأهلية في عقد الوديعة : يجب التمييز هنا بين المودع والمودع عنده .

فالودع ، حتى لو كانت الوديعة بأجر ، يقوم بعمل من أعمال الإدارة لا من أعمال التصرف . فلا تشترط فيه إذن أهلية التصرف ، وتكفي أهلية الإدارة^(٢) . ومن ثم يكون الصبي المميز والمحجور عليه المأذون لها في إدارة أموالها من ذوى الأهلية للإبداع . ومن باب أولى يكون أهلاً للإبداع البالغ سن الرشد . أما الصبي المميز غير المأذون له في إدارة أمواله ، ومن يلحق

٣ — المدعى هل وقوع الجريمة ، وإثبات الجريمة جائز قانوناً بأي طريق من طرق الإثبات ، فهو دعوى غير متوقفة على عقد الوديعة ، ولا لها بالوديعة إلا صلة عرضية من ناحية أن الجواهر التي وقعت عليها الجريمة كانت ودية ، وهذا ليس من شأنه أن يغير من حقيقة الدعوى ولا من طريق الإثبات فيها . والثانية موجهة إلى السيد ، وأساسها أن الخادم الموجهة إليه الدعوى الأول قد ارتكب الجريمة في حال تأدية وظيفته عنده ، وهذه ليس مطلوباً فيها إثبات عقد الوديعة هل السيد ومن ثم يجوز إثبات محتويات العلية بالينة والقرائن (نقض مدعى أول مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٨ ص ٤٣٢) .

(١) باريس ٢٠ فبراير سنة ١٨٥٢ دالوز ٥٢ - ٢ - ٢٢٤ - بلانويل وريير وسانتييه

١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٨ .

(٢) حيك ١١ فقرة ٢٣٦ - جيوار فقرة ٣٣ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٢٨ - فقرة ١٠٢٩ - محمد حل عرفة ص ٤٥٩ (ويلجب إلى وجوب توافر أهلية التصرف إذا التزم المودع بأجر لا يخرج من دخله) - محمد كامل مرسي فقرة ٣٠٦ ص ٤١٠ هامش ٢ .

به من المحجور عليهم ، فلا يكونون أهلاً للإيداع ، وإنما يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يقوم بإيداع أموالهم ، لأن الإيداع عمل من أعمال الإدارة كما سبق للقول فبدخل في ولاية النائب عن المحجور عليه^(١) . وإذا أودع الصبي المميز غير المأذون له في إدارة ماله ، كانت الوديعة قابلة للإبطال ، وجاز لوليه ، أوله عند بلوغه سن الرشد ، أن يطلب إبطال الوديعة^(٢) . وقد يقال إنه في غنى عن ذلك إذ الوديعة عقد غير لازم بالنسبة إليه ، فيستطيع استرداد الشيء المودع في أي وقت دون حاجة إلى إبطال العقد . ولكن يرد على ذلك بأنه قد يكون للوديعة أجل محدد في مصلحة المودع عنده أو يكون هذا مأذوناً في استعمال الوديعة ، وعند ذلك لا يستطيع المودع التحلل من الوديعة بإرادته المنفردة كما سئرى ، ولا يبقى أمامه إلا إبطال العقد . هذا إلى أن المودع قد يرى نفسه ملتزماً بموجب عقد الوديعة يدفع أجر للمودع عنده أو بأن يرد له ما أنفق من مصروفات أو بأن يعرضه عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة ، فيستطيع أن يتخلص من هذه الالتزامات بإبطاله الوديعة ، ولا يكون مستولاً إلا بمقدار ما انتفع طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب^(٣) .

(١) جيبوار فقرة ٣٣ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٢٨ - أما الوديعة الناتجة فهي قرض كما سيبي ، ومن ثم يجب أن يكون المودع متوافراً على أهلية التصرف ولا تكن أهلية الإدارة ، لأنه ينتقل ملكية الشيء المودع (بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٣٠ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٦ ص ٤١٠ هامش ٢) .

(٢) وإذا كان المودع عنده أهلاً للتصرف فإنه لا يستطيع إبطال الوديعة ولو أن المودع كان غير أهل للإدارة ، إذ لا يجوز إلا لمن شرع الإبطال لمصلحة إبطال العقد . ومن ثم يبقى المودع عنده ملتزماً بالوديعة مادام المودع لم يطلب إبطال العقد ، وأدى ما تربيته الوديعة في ذمته من التزامات (بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٣١ - محمد علي عرفة ص ٤٦٠ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٦ ش ٤١١ . وانظر م ١٩٢٥ / ٢ مدني فرنسي) .

(٣) أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧٠ . وله أن يسترد الشيء المودع ، ولكن لا يدعى الوديعة فهذه قد أبطلت ، ولكن يدعى الاستحقاق ، ومن ثم يشترط أن يكون مالكا للشيء المودع (بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٣٢ ص ٥٦٨ - بلانويك وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٣) .

وقانون تفتين الموجبات والمقود البناني وهو يشترط توافر أهلية الالتزام (أي أهلية التصرف) في كل من المودع والمودع عنده . وقد نصت المادة ٦٩٢ من هذا القانون في هذا الصدد على ما يأتي : « إن الإيداع وقبول الوديعة يستوجبان أهلية الالتزام عند المودع والوديعة - »

أما المودع عنده ، حتى لو كان يأخذ أجراً ، فإنه يلتزم بحفظ الشيء و يبرده ، وقد يجز عليه الالتزام بالحفظ مسئوليت ثقلية ، ومن ثم يجب أن تتوافر فيه الأهلية الكاملة أى أهلية التصرف والالتزام ، ولا تكفى أهلية الإدارة^(١) . فلا يجوز إذن أن يقبل الوديعة إلا من بلغ سن الرشد . وإذا قبل الوديعة الصبي المميز ومن هو في حكمه ، ولو كان مأذوناً لهم في الإدارة ، فإن الوديعة تكون قابلة للإبطال . ويستطيع الصبي المميز بعد بلوغه من الرشد ، أو وليه قبل ذلك ، أن يطلب إبطال الوديعة ، فيتحلل من التزاماته ، ولا يرجع عليه المودع إلا بمقدار ما انتفع طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب^(٢) . فإذا أضرع الشيء المودع ، أو انتقل من يده إلى يد شخص آخر ، أو أتلفه الغير ، لم يكن مسئولاً عن رده سليماً إلى المودع ، ولا يرجع هذا عليه إلا بمقدار ما انتفع^(٣) . وهذا ما لم يكن المودع عنده قد ارتكب خطأ تقصيرياً ، فإنه في هذه الحالة يكون مسئولاً عن التعويض الكامل ، لأن المميز يلتزم التزاماً كاملاً بخطئه التقصيري^(٤) .

= عل أنه إذا قبل شخص ذواهلية من شخص لا أهلية له إيداع شيء ما ، لزمه أن يقوم بجميع موجبات الوديعة . ونصت المادة ٦٩٣ من نفس القوانين على ما يأتي : « إذا أودع شخص من ذوى الأهلية وديعة عند شخص لا يتبع بالأهلية ، جاز له أن يطلب إرجاعها إليه إذا كانت لا تزال بين يدي المودع . أما إذا كانت الوديعة قد انتقلت إلى يد أخرى ، فلا يجوز له إقامة دعوى الاسترداد إلا بما يساوى قيمة الكسب الذى أحرزه فائدة الأهلية . وتطبق عند الاختصاص القواعد الخاصة بنبذة فائقة الأهلية عند ارتكابهم جرماً أو شبه جرم » .

(١) جيوار فقرة ٣٤ - بودرى وثقال في الوديعة فقرة ١٠٣٥ - محمد علي هرقه ص ٤٥٨ - عكس ذلك هيك ١١ فقرة ٢٣٦ .

(٢) وإذا كان المودع أهلاً للإدارة ، فإنه لا يستطيع إبطال الوديعة ، لأن الإبطال قد شرع لمصلحة المودع عنده في الحالة التي نحن بصدها (بودرى وثقال في الوديعة فقرة ١٠٣٦ ص ٥٦٩ - محمد علي هرقه ص ٤٥٨) . فإذا لم يطلب المودع عنه الإبطال ، بقي المدة متجاً لآثاره ، منشأً لما يترتب عليه من الالتزامات في جانب كل من الطرفين (بودرى وثقال في الوديعة فقرة ١٠٣١ ص ٥٦٧ - محمد علي هرقه ص ٤٥٨ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٦ ص ٤١١) .

(٣) جيوار فقرة ٣٦ - بودرى وثقال في الوديعة فقرة ١٠٣٦ - وانظر ١٩٢٦ مملو فرنسي . ويجوز في حالة إبطال الوديعة أن يسترد المودع الشيء المودع بدعى استحقاق إذا كان هو المالك (ترولون فقرة ٥٥ - بودرى وثقال في الوديعة فقرة ١٠٣٦ ص ٥٧٠ - انظر عكس ذلك وأن للمودع استرداد الشيء ولو لم يكن هو المالك مادام الشيء لا يزال باقياً في يد المودع عنده : لوييرى ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٦٩ - محمد علي هرقه ص ٤٥٩ هاش ١) .

(٤) ديفرجهيه فقرة ٣١٤ - ترولون فقرة ٥٨ - جيوار فقرة ٣٧ - بودرى وثقال =

٣٤٣ - محبوب الإدارة في عقد الوديعة : ولا توجد أحكام يختص بها عقد الوديعة في صدد عيوب الإدارة ، فتسرى القواعد العامة المقررة في هذا الشأن .

ولكن يلاحظ أن الوديعة يدخل فيها الاعتبار الشخصي ، ومن ثم يغلب أن تكون شخصية المودع ملحوظة في العقد ، وتكون شخصية المودع عنده دائماً ملحوظة . فتبطل الوديعة إذن للغلط في شخص المودع ، وبخاصة للغلط في شخص المودع عنده^(١) .

والإكراه يعيب الإرادة في الوديعة كما يعيبها في سائر العقود . ولكن الوديعة الاضطرارية صحيحة كما سرى ، وإذا كانت إرادة المودع تقع تحت ضغط في هذه الوديعة : فإن هذا الضغط لا يصل إلى حد الإكراه .

الفرع الثاني

المحل والسبب في عقد الوديعة

٣٤٤ - الشروط الواجب توافرها في الشيء المودع : المحل الأصل في عقد الوديعة هو الشيء المودع . وقد يشترط أجر للوديعة فيصبح الأجر محلاً آخر ، ولكنه محل عرضي قد يوجد وقد لا يوجد^(٢) . ويجب أن يتوافر في الشيء المودع الشروط العامة التي يجب توافرها

في الوديعة فقرة ١٠٣٧ - أوبري ورو وإيهان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧٠ - محمد علي عرفة ص ٤٥٩ .

(١) أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٦٧ - وإذا وقع المودع فخلط في شخص المودع عنده ، فقد تكون له مصلحة في إسقاط العقد ، وذلك إذا تضرر عليه الرجوع في الوديعة ، كما إذا كان الأجل لمصلحة المودع عنده أو أذن لهذا الأخير في استئصال الوديعة ، وكما إذا كان المودع ملتزماً بدفع أجر . وقد يقع الخلط في صفة جوهرية للشيء ، كما إذا كان الشيء المودع خطراً أو أضراراً بالصحة (أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٦٦ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٥ ص ٤١٠ هامش ١) ، وإن كان الأصل أن الخلط في صفة الشيء المودع أو في مقبارة لا يؤثر في صحة الوديعة (أسيوط استئناف ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٥٣ ص ٥٢٨) .

(٢) وقد تحدد مدة للوديعة ، وسرى عند الكلام في انتهاء الوديعة أن هذه المدة لا تلزم المودع عادة فيجوز له طلب الشيء المودع قبل انقضاءها ، وقد لا تلزم المودع عنده فيس : له رد الشيء المودع دون انتظار لانقضاء المدة .

في المحل . فيجب أن يكون الشيء موجوداً ، معيناً أو قابلاً للتعين ، غير مخالف للنظام العام ولا الآداب . فلو كان الشيء المراد إيداعه قد هلك قبل التعاقد ، انعدم المحل ولا تنعقد الوديعة . كذلك يجب أن يكون الشيء المودع معيناً تعيناً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة أو قابلاً للتعين ، وتسرى في ذلك القواعد العامة المقررة في هذا الشأن . وإذا كان الشيء المودع غير قابل للتعامل فيه ، بأن كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، لم يجوز إيداعه^(١) . فلا يجوز إيداع الأشياء المهربة ، ولا المخدرات ، ولا الحشيش ، ولا الأسلحة غير المرخص فيها ، ولا الكتب أو الصور الممنوعة .

٣٤٥ — الأشياء التي يجوز إيداعها : نذكر فيما تقدم أن أي شيء متوافرت فيه الشروط سالفة الذكر يجوز إيداعه . ويستوى في ذلك المنقول والعقار . وقد كان التقنين المدني القديم (٤٨٢م/٥٩٠) لا يجوز إلا إيداع المنقول^(٢) ، وقد اقتفى في ذلك أثر التقنين المدني الفرنسي (١٩١٨م) . وقد عدل التقنين المدني الجديد عن هذا الحكم ، فأجاز إيداع المنقول والعقار ، إذ نصت المادة ٧١٨ مدني كما رأينا على أن (الوديعة عقد يلزم به شخص أن ينسليم شيئاً من آخر . ، ، فأطلق في محل الوديعة وجعله « شيئاً » دون أن يخصصه بالمنقول .

ومع ذلك يغلب أن يكون الشيء المودع منقولاً ، إذ المنقول أحوج إلى الحفاظ من العقار . ولكن لا شيء يمنع من أن يودع العقار ، فيعهد شخص إلى آخر بحراسة منزله مدة سفره . وليست الحراسة الانفاقية أو القضائية إلا ضرباً من ضروب الوديعة يجوز أن يكون الشيء المودع فيها عقاراً كما هو الغالب^(٣) .

(١) محمد كامل حرسى فقرة ٣٠٧ ص ٤١٣ .

(٢) وقد قضى في عهد هذا التقنين بأنه لا يمكن اعتبار وضع يد شخص على ألبان يد وديعة للوصول إلى القول بأن ريع هذه الألبان لا يسقط مهما طال زمن وضع اليد ، لأن الوديعة محلها المال المنقول دون العقار (استئناف وطني ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٤ ص ٢٧٣) . وقضى بأن الوديعة لا ترد إلا على منقول (استئناف مخطوط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٥) .

(٣) انظر في هذا المعنى بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٢٢ . ويتفاد من الناحية التشريعية التقنين المدني الفرنسي الذي أوجب أن يكون الشيء المودع منقولاً - سقرب بلانويولويرير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٨٥٨ - وانظر عكس ذلك محمد نيل عرفة ص ٤٦١ .

والأشياء التي يجوز إيداعها كثيرة متنوعة . فيجوز إيداع البضائع والسيارات والملابس والمفروشات والمجوهرات والمصاغ والكب والصحف والمحلات والعوامات والذهبيات واللانشات ، كما يجوز إيداع الأراضي والمباني من منازل ومكاتب ودكاكين وغير ذلك .

وجوز إيداع الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء المثلية على أن ترد بعينها^(١) ، إذ لا يجوز في الأصل للمودع عنده أن يستعمل الشيء المودع^(٢) . وقد يودع مبلغ من النقود أو شيء آخر مما يملك بالاستعمال ويكون المودع عنده مأذوناً له في استعماله ، فلا يردّه بالذات ولكن يرد مثله ، وهذه هي الوديعة الناقصة وهي تعتبر قرضاً (م ٧٢٦ مدني)^(٣) ، وسيأتي بيان ذلك :

وغنى عن البيان أن الحقوق المعنوية لا تردع ، فلا يودع الدائن حقه الثابت في ذمة مدينه ، لأن هذا الحق يستعصى بطبيعته على الإيداع^(٤) . ولكن يجوز إيداع الأسهم والسندات والأوراق المالية ، وكذلك يجوز إيداع سندات الحقوق المعنوية كسندات الديون والأوراق التجارية^(٥) .

٣٤٦ - السبب في عدم الوديعة : والسبب في عقد الوديعة ، طبقاً للنظرية الحديثة ، هو الباعث الدافع إلى التعاقد . وقد كانت النظرية التقليدية للسبب تجعل السبب في الوديعة هو التسليم ، وكانت الوديعة عقداً عينياً بحسب هذه النظرية .

فإذا كان الباعث الدافع إلى الوديعة غير مشروع ، كانت الوديعة بحسب النظرية الحديثة باطلة . مثل ذلك أن يودع شخص عند آخر سلاحاً لإخفائه بعد ارتكابه جريمة ، أو يخفي عنده مسروقات .

(١) بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١١٦٩ ص ١٩٨ .

(٢) هيك ١١ فقرة ٢٢٨ - بودرى وفال في الوديعة فقرة ١٠٢٤ وقرة ١٠٣٩ .

(٣) وانظر في أن معنى الوديعة لا يستقيم إذا لم ترد الوديعة بعينها : (استئناف مختلط ٢ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٦٢) .

(٤) نقض فرنسي ١٨ يناير سنة ١٨٣١ سيرييه ٣١ - ١ - ١٩٢ - ٣ مايو سنة ١٨٤٨ سيرييه ٤٨ - ١ - ٣٢١ - لوران ٢٧ فقرة ٧٩ - جيوار فقرة ١٩ - بون ١ فقرة ٣٨٢ - بودرى وفال في الوديعة فقرة ١٠٢٣ .

(٥) بودرى وفال في الوديعة فقرة ١٠٢٣ - بلانيول وريبير وبولاتيه ٢ فقرة ٢٨٠٨ - محمد علي مرقعة ص ٤٦١ .

الفصل الثاني

آثار الوديعة

٣٤٧ - التزامات المودع عنده والتزامات المودع : تنشئ الوديعة دائماً التزامات في جانب المودع عنده ، وقد تنشئ عرضاً التزامات في جانب المودع .

الفرع الأول

التزامات المودع عنده

٣٤٨ - التزامات مودعة : يلتزم المودع عنده بأن يتسلم الشيء المودع ، وبأن يقوم بحفظه ، وبأن يرده للمودع عند انتهاء الوديعة . وقد رأينا المادة ٧١٨ ملقى تجمع هذه الالتزامات الثلاثة إذ تقول : « الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر ، على أن يتولى حفظ هذا الشيء » . وعلى أن يرده عيناً .

المبحث الأول

تسلم الشيء المودع

٣٤٩ - نص قانوني : تنص الفقرة الأولى من المادة ٧١٩ من التقنين المدني على ما يأتي :
« على المودع عنده أن يتسلم الوديعة »^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/٩٩٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٥١ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٤٤ - ص ٢٤٥) .

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم ، لأن التسليم كان في هذا التقنين ركناً في الوديعة لا تتعقد بدونه ، وليس التزاماً يترتب عليها .
وبقابل النص في التقنينات المدنية الغربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ١/٦٨٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ١/٧١٩ - ولا مقابل للنص في التقنين المدني العراقي ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني^(١) .

٣٥٠ - السلم التزام لا ركز : ويتبين من النص المتقدم الذكر أثر تحول الوديعة من عقد عيني كما كانت في التقنين المدني القديم إلى عقد رضائي كما هي في التقنين المدني الجديد . فقد كان تسليم الشيء المودع ركناً في الوديعة عندما كانت عقداً عينياً ، ومذ أصبحت عقداً رضائياً يتم قبل التسليم تعين أن يكون نقل الشيء المودع إلى يد المودع عنده التزاماً لا ركناً ، والتزاماً في ذمة المودع . ومن هنا أمكن أن تكون الوديعة ، بخلاف العارية ، عقداً ملزماً لحائب واحد ، إذ التسليم يلتزم به المودع عنده لا المودع ، وإذ يغلب أن تكون الوديعة دون أجر ويصح ألا تنشئ التزامات في جانب المودع من رد مصروفات أو تعويض ضرر ، فيكون المودع غير ملزم بشيء . فإذا ما التزم بشيء مما تقدم ، كانت الوديعة عقداً ملزماً للجائين ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك^(٢) .

ويلاحظ أن الوديعة قد تكون بأجر ، ولكن الأجر لا يدخل الوديعة في عقود المضاربة كما سبق القول^(٣) ، فيجوز للمودع أن يسرد الشيء

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ١/٦٨٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ١/٧١٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل لأن التسليم في هذا التقنين ركن في الوديعة لا التزام ينشأ عنها .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني لا مقابل - وقد صرح هذا التقنين بأن الوديعة عقد عيني لا يتم إلا بتسليم الشيء ، فالتسليم ركن لا التزام ، إذ تقول المادة ٦٩٥ منه : « يتم عقد الإيداع بقبول الفريقين وتسليم الشيء - ويمكن التسليم الحكى عندما يكون الشيء المراد إيداعه موجوداً من قبل في حوزة الوديع لسبب آخره » .

(٢) انظر آتفاً فقرة ٣٣٤ .

(٣) انظر آتفاً فقرة ٣٣٤ .

المودع في أى وقت ولو قبل انقضاء الأجل ، ومن ثم لا يمكن القول بأن للمودع عنده المأجور مصلحة في إلزام المودع بتسليم الشيء المودع إذا امتنع هذا عن تنفيذ الوديعة بعد تمامها ، وعلى ذلك لا يكون التسليم التزاماً في ذمة المودع ، ويبقى التسليم التزاماً في ذمة المودع عنده وحده^(١) . وقد يتغير الأمر إذا كان أجل الوديعة محدداً في مصلحة المودع عنده أو كان هذا مأذوناً في استعمال الوديعة حيث لا يجوز للمودع أن يسرد الشيء المودع قبل انقضاء الأجل ، فقد يقال إن المودع يصبح في هذه الحالة ملزماً بتنفيذ الوديعة لمصلحة المودع عنده ، ومن ثم يكون ملزماً بتسليم الشيء المودع كما ألزم المودع عنده بتسلمه ، وتكون الوديعة عقداً ملزماً للجانبين . ولما كانت هذه الحالة نادرة ، وأكثر ما تحقق في الوديعة الناقصة وهي قرض لا وديعة كما سيأتي ، لذلك يصح القول إن التسليم يبقى عادة التزاماً في ذمة المودع عنده ، ولا يكون التسليم التزاماً في ذمة المودع .

٣٥١ - كيف يكون التسليم - التسليم الحقيقي والتسليم الحكوى :

يكون التسليم باستيلاء المودع عنده على الشيء المودع استيلاء مادياً ، بعد أن يضع المودع الشيء تحت تصرفه في الزمان والمكان المعينين . ويتبع في طريقة التسليم ووقته ومكانه ما سبق أن أوردناه من القواعد في تسليم المشتري للعين المباعة ، وفي تسليم المستأجر للعين المؤجرة ، وفي تسليم المستعير للعين المعارة ، وفي التسليم بوجه عام في كل عقد ينشئ هذا الالتزام في ذمة أحد المتعاقدين . وهذا هو التسليم الحقيقي^(٢) .

وقد يكون التسليم حكماً ، بأن يكون الشيء المودع موجوداً في يد المودع عنده قبل الوديعة ، على سبيل الإيجار أو على سبيل العارية أو على سبيل رهن الحيازة أو لأى سبب آخر ، ثم يتفق الطرفان على أن يبقى الشيء

(١) قرب بوردى وقال في الوديعة فقرة ١٠١٦ ص ٥٥٩ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٢

ص ٤٠٧ هامش ١ .

(٢) ويجب أن يكون التسليم لا نموض فيه ، فن دفع بئى إلى أهل بيته لحفظه لا يكون مودعاً له ، بل لا تزال يده على الشيء في بيته ، ولم يخرج الشيء عن حيازته (ليل الابتدائية ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٢ جازيت دى پاليه ١٩٥٢ - ١ - ١٨ - پلانيلورديير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٧ ص ٤٩٥) .

في حيازة المودع عنده على سبيل الوديعة . والتسلم الحكيم يفترض أن الشيء قد رد لصاحبه أولاً ثم سلمه هذا للآخر مرة ثانية بعقد الوديعة ، فيجترأ عن عمليتي التسليم والتسلم ببقاء الشيء في يد المودع عنده بهذا السبب الجديده وهو عقد الوديعة^(١) . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٦٩٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبثاني في هذا الصدد : « ويكنى التسليم الحكيم عندما يكون الشيء المراد إيداعه موجوداً من قبل في حوزة الوديع لسبب آخر »^(٢).

٣٥٢ — جزاء المودع بالتزام التسليم : ولما كان التسليم التزاماً في ذمة المودع عنده كما قلنا ، فإن هذا يجبر على تنفيذه طبقاً للقواعد العامة . ولما كان لإجبار المودع عنده على التنفيذ العملي ليس في مصلحة المودع ، إذ الوديعة من عقود الأمانة والثقة ، وإذا أبى المودع عنده تسليم الشيء فإن ثقة المودع فيه تنزعز ، لذلك يكون الأصلح للمودع أن يطالب المودع عنده بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ هذا الأخير لالتزامه^(٣) . ولإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي حين تقول : « بينت المادة ١٧٩٩ (من المشروع) التزام الوديع بأن يتسلم الوديعة ، بحيث لو امتنع عن تسلمها جاز إجباره على ذلك أو الحكم عليه بالتعويض »^(٤).

وقد تكون الوديعة في مصلحة المودع عنده ، أو يتعذر على المودع عنده غير المأجور حفظ الوديعة لأسباب طارئة مشروعة ، فيجوز في هاتين الحالتين للمودع عنده أن يرد الوديعة قبل الأجل المتفق عليه كما سيجيء . وتفرعاً على ذلك يجوز للمودع عنده في هاتين الحالتين ، إذا لم يكن قد تسلم الشيء

(١) بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠١٧ — بلانويول وبيير وبولانجي ٢ فقرة ٢٨٥٩ وجورسان ٢ فقرة ١٢٦١ (ويسون التسليم الحكيم tradition de brève main) وينتقدون تسميته في التقنين المدني الفرنسي (tradition feinte) — أنيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٢١ — محمد علي عرفة ص ٤٦٢ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٢ ص ٤٠٧ هامش ١ وقرة ٣١١ ص ٤١٧ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٤٩ في الهامش .

(٣) انظر استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٥ — وانظر محمد علي عرفة ص ٤٦٣ — محمد كامل مرسى فقرة ٣١١ ص ٤١٧ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٩ .

المودع ، أن يتحمل من الالتزام بتسلمه إذ أن له حق الرجوع في الوديعة ، فثبت له هذا الحق بعد التسليم وقبله .

٣٥٣ - تبعة هلاك الشيء المودع : ولما كانت الوديعة لا تنقل ملكية الشيء المودع إلى المودع عنه ، بل يبقى المودع مالكا للشيء ويستردّه عينا عند انتهاء الوديعة ، لذلك إذا هلك الشيء قبل التسليم أو بعده بسبب أجنبي ، كان هلاكه على المالك أى على المودع . وهذا ما قررناه بالنسبة إلى المؤجر وبالنسبة إلى المعير ، إذا هلكت العين المؤجرة أو المعارة قبل التسليم أو بعده .

وسنرى أنه إذا هلك الشيء المودع بخطأ من المودع عنه ، كان هذا مستثلا عن الملاك .

المبحث الثاني

حفظ الشيء المودع

٣٥٤ - حفظ الشيء المودع هو الفرصه الأساسى من عقد الوديعة

وهو الالتزام الجوهري فيها : الفرض الأساسى من عقد الوديعة هو حفظ الشيء المودع ، ومن ثم كان التزام المودع عنه بحفظ الشيء هو الالتزام الجوهري الذى يترتب على هذا العقد ، وكان عقد الوديعة على رأس عقود الحفظ والأمانة ، كما أن عقد البيع على رأس عقود التصرف ، وعقد الإيجار على رأس عقود الإدارة^(١) .

٣٥٥ - التزام المودع عنه بحفظ الشيء هو التزام ببذل عناية :
والتزام المودع عنه بحفظ الشيء ، كالتزام المستأجر بالمحافظة على العين

(١) ويكون المودع عنه مستثلا من حفظ الشيء ، لاضمحج تجاه المودع ، بل أيضاً تجاه الغير ، فيكون مستثلا عما يلحق الغير من ضرر مسئولية الحارس من الشيء الذى يجرمه (نقض ٥ مارس سنة ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٣ - ٧٣) مع تطبيق سالفاتيه - وانظر فى أذ المودع عنه غير المأجور لا يعتبر حارساً للشيء : سالفاتيه فى المسئولية المنقبة ١ ققرة ٧ ١ - يلائهول وريبير وسالفاتيه ١١ ققرة ١١٧٦ مكررة) .

المؤجرة والالتزام المستعير بالمحافظة على العين المعارة والالتزام الوكيل بتنفيذ الوكالة ، التزام يبذل عناية .

وقد قدمنا في الوكالة ^(١) أن نظرية قدسمة مهجورة ، هي نظرية تلوج الخطأ ، تقسم الخطأ العقدي غير العمد إلى خطأ جسيم وخطأ يسير وخطأ نافه ، ففي العقود التي لمنفعة الدائن وحده كالوديعة لا يسأل المودع عنده إلا عن الخطأ الجسيم ، وفي العقود التي لمنفعة المدين وحده كالعارية يسأل المستعير حتى عن الخطأ النافه ، وفي العقود التي لمنفعة المتعاقدين معاً كالإيجار يسأل المستأجر عن الخطأ اليسير . وقد نبذ التفتين المدني الجديد هذه النظرية العتيقة ، وأخذ بالنظرية الحديثة التي تميز بين الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية . ففي الالتزام ببذل عناية ، كالالتزام المودع عنده بحفظ الشيء ، يكون المدين « قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك » (م ١/٢١١ مدنى) . وقد طبقت هذه النظرية في الإيجار ، وفي العارية ، وفي الوكالة ، وهما نحن الآن نراها تطبق في الوديعة ^(٢) . فالأصل في العناية المطلوبة من المدين أن تكون عناية الرجل المعتاد ، وقد تزيد أو تنقص طبقاً للاتفاق أولئص في القانون . وقد أبهاها القانون عناية الرجل المعتاد في الإيجار لأن المؤجر يأخذ أجرأ ، وفي كل من الوكالة الوديعة إذا كان الوكيل أو المودع عنده يأخذ أجرأ ، وزاد على عناية الرجل المعتاد في العارية حيث المعب لا يأخذ أجرأ ، ونزل عن هذا القدر في الوكالة غير المأجورة ^(٣) ، وكذلك فعل في الوديعة غير المأجورة كما سنرى حالا .

٣٥٦ — الجمع في الوديعة بين المصارين الشفهي والمادى — نص

فانقضى : تنص المادة ٧٢٠ من التفتين المدني على ما يأتى :

١ — إذا كانت الوديعة بغير أجر ، وجب على المودع عنده أن يبذل

(١) انظر آتفاً لقررة ٢٥٢ .

(٢) انظر الوسيط ١ غرة ٤٣٨ .

(٣) انظر آتفاً لقررة ٢٥٠ .

من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله ، دون أن يكلف في ذلك .
أزيد من عناية الرجل المتاد .

٢ - أما إذا كانت الوديعة بأجر ، فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة .
عناية الرجل المتاد ^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠٠٠ على الوجه الآتي : ١ - إذا

كانت الوديعة دون أجر ، زجب على الوديع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله ، دون أن يطالب في ذلك بأكثر من عناية الرجل المتاد . كل هذا ما لم يتفق على غير ذلك . ٢ - أما إذا كانت الوديعة بأجر ، أركان في مصلحة الوديع وحده ، أو كان الوديع قد تطوع لحفظ الشيء ، فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المتاد . وفي لجنة المراجعة حللت البقرة الخامسة بإمكان الاتفاق على خلاف القاعدة المنطوقة بميزار العناية لعدم الحاجة إليها . وجعلت الفقرة الثانية مقصورة على الوديعة المأبورة ، وأدخلت بعض تعديلات لفظية طفيفة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد ، وصارقه ٧٥٢ في المشرع الثاني . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٠ (مجموعة الأعمال التشريعية ٥ ص ٢٤٦ - ص ٢٤٨) .

ويقابل النص في التفتين المدني القديم المواد الآتية :

١٨٣٢/٥٩١ : إذا اشترطت الأجرة للمودع عنده ، تتبع في العقد القواعد المنطوقة باستئجار المصانع .

١٨٥٤/٥٩٣ : حافظ الوديعة مسئول عما يقع منه في شأنها من التصغير الجسيم ، ومن علم صيانتها لما اشترط في العقد .

١٨٩٨/٥٩٨ : حافظ الوديعة الذي يأخذ أجرة بسبب الأحوال التي ترتب عليها الإيداع ، كصاحب خان أو أمين القتل أو نحوها ، ضامن لهلاك الوديعة ، إلا إذا أثبت أن الهلاك حصل بسبب قوة قاهرة .

(ويبدو أن التفتين المدني القديم سار هنا أيضاً على نظرية تدرج الخطأ ، فإذا كانت الوديعة دون أجر لم يكن المودع عنده مسئولاً إلا عن الخطأ الجسيم ، وإذا كانت بأجر سرت عليها أحكام المقابلة فيكون المودع عنده مسئولاً عن الخطأ البسيط ، وإذا كانت الوديعة بأجر واستعملها طرّف الحلال كالوديعة عند صاحب الفندق أو عند أمين القتل لم يتخلص المودع عنده من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي . أما التفتين المدني الجديد فقد هجر نظرية تدرج الخطأ ، واتخذ في الالتزام ببذله عناية ميار الشخص المتاد وهو ميار مادي ، وقرنه في الوديعة بذير أجر بالمعيار الشخصي كما يتبين من نص المادة ٧٢٠ مدني سالف الذكر) .

ويقابل النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدني السوري م ٦٨٦ (مطابق) .

التفتين المدني الليبي م ٧٢٠ (مطابق) .

التفتين المدني العراقي م ١/٩٥٢ : يجب على الوديع أن يمتن بحفظ الوديعة كاعتناؤه بحفظ ماله ،

وأن يضمنها في حوز مثلها .

ونرى من ذلك أن القانون قد ميز هنا . كما ميز في الوكالة^(١) ، بين ما إذا كانت الوديعة بغير أجر أو كانت بأجر . فإن كانت بغير أجر تكون في مصلحة المودع دون المودع عنده . ويكون المودع عنده غير مسئول إلا عن العناية التي يبذلها في حفظ ماله الخاص إذا كانت هذه العناية هي دون عناية الشخص المعتاد . أما إذا كانت عنايته الشخصية هي أعلى من عناية الشخص المعتاد ، لم يكن مسئولاً إلا عن عناية الشخص المعتاد . فمعايير العناية المطلوبة منه يكون تارة معياراً شخصياً إذا كان مسئولاً من عنايته الشخصية ، ويكون تارة أخرى معياراً موضوعياً إذا كان مسئولاً عن عناية الشخص المعتاد . والسبب في ذلك هو نفس السبب الذي قدمناه في الوكالة ، فالمودع عنده غير مأجور فيكون متفضلاً ، ومن ثم لا يجوز أن يكون مسئولاً عن أكثر من عناية الشخص المعتاد ، كما لا يجوز أن يكون مسئولاً عن أكثر من عنايته الشخصية ، فلا يكون مسئولاً إلا عن أدنى العنايتين . أما إذا كانت الوديعة بأجر^(٢) ،

م ٩٥٢ : إذا كان الإيداع بأجرة ، فهلك الوديعة أو ضاعت بسبب يمكن التصرف منه ، فسد الوسيط .

(ويمكن القول بأن أحكام التقنين العراقي تنفق مع أحكام التقنين المصري إذا فُسرت عبارة الوديع بحفظ ماله بأن حدها الأقصى هو عناية الشخص المعتاد ، وفُسر السبب الذي يمكن التصرف منه بأنه السبب الذي يمكن أن يتصرف منه الشخص المعتاد) .

تقنين الموجبات والمقود القيناني م ٦٩٦ : يجب على الوديع أن يسهر على صيانة الوديعة كما يسهر على صيانة أشياءه الخاصة ، مع الاحتفاظ بتطبيق أحكام المادة ٧١٣ .

م ٧١٣ : إن الوديع مسئول عن سبب كل هلاك أو تيب كان في الوسع انتفاؤه ؛ أولاً - إذا كان ينشأ بغير أجر لحراسة الوديعة . ثانياً . إذا كان يقتل الواقع بمقتضى مهنته أو وظيفته . (وأحكام التقنين اللبناني تنفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .
(١) انظر آتياً فقرة ٢٥٤ .

(٢) وكان المشروع اتمهيد يضيف إلى الوديعة بأجر الوديعة لمصلحة الوديع وحده والوديعة التي تلوع فيها الوديع لحفظ الشيء (انظر م ١٩٢٨ مدني فرنسي) ، فعدلت هذه الإضافة في لجنة المراجعة (انظر آتياً نفس الفقرة في الهامش) . ويمكن ، بالرغم من هذا الخلاف ، في الوديعة التي هي لمصلحة الوديع وحده أو التي تلوع فيها الوديع لحفظ الشيء ، اعتبار أن هناك اتفاقاً ضمني على أن تكون عناية المودع عنده في حفظ الشيء هي عناية الشخص المعتاد .

وانظر في هذه المسألة في القانون الفرنسي : جيوار فقرة ٥٣ وما بعدها - بودري وثال في الوديعة فقرة ١٠٦٠ - فقرة ١٠٦٦ - بلانير ولريبير وماتينييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥٠٩ - ص ٥١٠ - ديجون ١٢ يونيو سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ٢ - ١٤٦ - باريس أول مارس سنة ١٩٤٥ جازيت دي پاليه ١٩٤٥ - ١ - ٢٠٠ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٠ جازيت دي پاليه ١٩٥١ - ١ - ١٧٧ .

فإنه يجب على المودع عنده أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الشخص المعتاد ، أى أن الميار هنا يكون موضوعياً لا شخصياً . فإذا لم يبذل هذه العناية ، حتى لو أثبت أن العناية الأقل التى بذلها فعلا هى العناية التى يبذلها في حفظ مال نفسه ، كان مع ذلك مستولاً ، لأنه ملزم ببذل عناية الشخص المعتاد ولو كانت هذه العناية تزيد على عناية الشخصية . أما إذا بذل عناية الشخص المعتاد ، فإنه يكون قد نفذ التزامه ، حتى لو نزلت هذه العناية بمقاييرها الموضوعية عن عنايته هو بمقاييرها الشخصية . وقد قدمنا مثل ذلك في الوكالة المأجورة^(١) .

وتطبيقاً لما تقدم يكون المودع عنده مستولاً إذا وضع المحوهرات المودعة في دولاب غير مقفل فسرقت^(٢) ، أو وضع القطن المودع بخوار مواد ملتهبة فاحترق ، وذلك سواء كانت الوديعة مأجورة أو غير مأجورة^(٣) . فإنه يصعب

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٤ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وقد بين المشروع ما يجب على الوديع من عناية في حفظ الوديعة . ففرق بين ما إذا كانت الوديعة عادية ودون أجر ، وما إذا كانت الوديعة بأجر . . وأجرى على النوع الثاني للقاعدة العامة التى تفرض على المدين عناية الرجل المعتاد . أما النوع الأول من الوديعة ، فقد رأى المشروع أن يخفف فيه حد العناية المطلوبة من الوديع ، فبدل عن الميار المادى الذى يؤدى إلى مطالبة المدين بعناية الرجل المعتاد ، إلى الميار الشخصى الذى يترتب عليه الاكتفاء من المدين بما يبذله عادة من عناية في شؤون نفسه . ولما كان الغرض من ذلك التخفيف عن الوديع ، لا مطالبة بعناية تفوق عناية الرجل المعتاد ، ولما كان الوديع قد يكون في شؤونه الخاصة أكثر حرصاً من متوسط الناس ، وجب عند الأخذ بالميار الشخصى وضع حد العناية التى يصح أن يطالب بها الوديع بناء على هذا الميار ، فنص على أن يكتفى منه بمثل عنايته في شؤون نفسه ، دون أن يؤدى ذلك في أى حال إلى مطالبة بعناية تفوق عناية الرجل المعتاد . ويلاحظ في كلتا الحالتين أن التزام الوديع يمتد التزاماً بوسيلة لا التزاماً بعناية ، فلا يكون ثمة عدم وفاء متى قام الوديع ببذل العناية المطلوبة منه في المحافظة على الشيء ، حتى لو لم تؤد هذه العناية إلى حفظ الشيء فعلاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٥٠) .

(٢) نقض فرنسى ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨ - ١ - ١٩٧ - بلانويل وريير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٠ هاشى ٣ - وإذا كان الشيء المودع ليس شيئاً ووضعه المودع منه في مكان غير مغلق ، وكان غير مأجور ، لم يكن مستولاً إذا سرق الشيء ، ما دام يثبت أنه تمرد ذلك في مال نفسه (محمد على عرفة ص ٤٦٦) . وبتقدير العناية المطلوبة يرجع كذلك إلى ماجرى به المعروف (بورديو ١١ يناير سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٩ - ٢ - ١١) .

(٣) فيجب أن يضع الوديعة « في حوز مثلها » كما تقول المادة ١/٩٥٢ مدنى مراكش (انظر آنفاً نفس الفقرة في الماشى) . وقد قضى بأن عدم المحافظة على البرقع المودع في مكان محفوظ لا تمل إلى أيدي الأشخاص الذين في المنزل وغير الموثوق بأمانتهم تقتضيه جسيم يستلزم -

تصور أن يصل المودع عنده في نزول عنايته الشخصية عن المألوف إلى هذا الحد إذا كانت الوديعة غير مأجورة ، فإن كانت مأجورة فالواضح أنه لم يبدل عنايته الشخص المعتاد في حفظ الوديعة . وإذا اضطر أن يحمل الوديعة في سفر ولم يؤمن عليها فسرقت ، فإن كانت الوديعة من شأنها أن يؤمن عليها عند السفر كان مستولا إذا كانت الوديعة بأجر ، حتى لو أثبت أنه كان لا يؤمن عليها لو أنها كانت ماله الخاص^(١) . أما إذا كانت الوديعة بغير أجر ، وأثبت ذلك ، فإنه لا يكون

= القضاء بإلزام المودع عنده ببيان الوديعة (الزقازيق جزئ ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المأماة ٧ رقم ٢٦٢ ص ٣٨٨) .

أما إذا كانت السرقة أو الخرق أو الضياع يرجع إلى قوة قاهرة ، فلا مسئولية على المودع عنه . ولكن لا يكتفى أن يثبت المودع عنده أن الشيء قد سرق أو احترق أو ضاع حتى يتخلص من المسئولية ، بل يجب أن يثبت فوق ذلك أن السرقة أو الخرق أو الضياع يرجع إلى قوة قاهرة (نقض فرنسي ١٨ مايو سنة ١٩٠٤ سريه ١٩٠٥ - ١ - ٣١١ - ليون ٣٠ يونيو سنة ١٩٤٦ جازيت دي پاليه ١٩٤٦ - ٢ - ١٦٤ - ٣٠ يوليو سنة ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٦ - ٣٧٧ - باريس ١٧ مارس سنة ١٩٥١ جازيت دي پاليه ١٩٥١ - ١ - ٤٢٨) ، أو أنه قد بطل العناية المطلوبة بحسب ما إذا كانت الوديعة بأجر أو بغير أجر ، وبالرغم من ذلك سرق الشيء أو احترق أو ضاع (باريس ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٠ جازيت دي پاليه ١٩٥١ - ٢ - ١٧٧ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١٠٧٤ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ فقرة ٥١١ - محمد علي عرفة ص ٤٦٨) . وسواء كانت الوديعة بأجر أو بغير أجر ، يجب على المودع عنده أن يحضر المودع بما يهدد الشيء المودع من أخطار وينقل تعليماته في هذا الشأن ، أو يمكنه من أن يتخذ بنفسه الاحتياطات اللازمة (استئناف مخطط ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٢) .

(١) وانظر في أن المودع عنده لا يلتزم في الأصل بأن يؤمن على الوديعة إلا إذا تقضى العرف بذلك : نقض فرنسي ٢٤ يونيو سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٢٥ - باريس ١٢ فبراير سنة ١٩٥١ J.C.P. ١٩٥٢ - ٢ - ٦٦٨٨ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١٠٧٥ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٢ هامش ١ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٠ - محمد علي عرفة ص ٤٦٦ - وفي أن من يتقبل نبيذاً على سبيل الوديعة لا يلتزم ببسترته : بودري ١١ يناير سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٩ - ٢ - ١١ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١٠٥٦ - وفي أن المصرف الذي يتقبل أوائفاً مالية على سبيل الوديعة لا يلتزم بإخطار صاحبها بما يفتش أمامه من حق الاكتساب في أوراق أخرى : السين ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ سريه ١٩٢٥ - ٢ - ٢٧ مع تطبيق إسبان - وقارن پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٠ هامش ٦ .

وإذا أمن المودع عنده على الوديعة ، وتلفت بخطئه ، رجع عليه المودع بالتعويض ، ورجع هو على شركة التأمين . أما إذا تلف الشيء بقوة قاهرة ، فإن المودع لا يرجع له ، وكذلك لا يرجع للمودع عنده على شركة التأمين (نقض فرنسي ٢ يونيو سنة ١٨٨٦ سريه ٨٦ - ١ - ٤٤٩) ، =

مستولا . وإذا كان بالوديعة عيب يهددها بالتلف ، وكان العيب بحيث لا يتحقق على الشخص المعتاد ، فإن المودع عنده إذا كان مأجوراً يكون مستولاً إذا هو لم يحظر المودع بهذا العيب حتى يعمل على تلافى الضرر^(١) . أما إذا كانت الوديعة غير مأجورة ، وكان العيب الذي لا يتحقق على الشخص المعتاد يتحقق على المودع عنده لقلّة يقظته ، فإنه لا يكون مستولاً عن عدم إخطار المودع بالعيب^(٢) . وإذا كان المودع عنده في أثناء الحرب موجوداً في مكان معرض للغارات الجوية ، وجب عليه إذا كان مأجوراً أن ينقل الوديعة إلى مكان مأمون إن كان هذا ممكناً^(٣) . فإذا كان غير مأجور وكان ممن ينقل أمتعته الشخصية إلى مكان مأمون وقصر في نقل الوديعة كان مستولاً ، أما إذا كان ممن لا ينقل أمتعته الشخصية إلى مكان مأمون فإنه لا يكون مستولاً إذا لم ينقل الوديعة^(٤) .

= وذلك ما لم يكن المودع عنده تحمل تبة القوة القاهرة فيرجع عليه المودع ويرجع هو على شركة التأمين (نقض فرنسي ٢٨ يناير سنة ١٨٩٠ سيرة ٩٣ - ١ - ٤٧٠) . وإذا كان المودع عنده قد عقد التأمين لمصلحة المودع ، فإن المودع يرجع مباشرة على شركة التأمين . وكذلك يرجع المودع مباشرة على شركة التأمين إذا كان المودع عنده قد عقد التأمين باعتباره وكلاءه ، أو أين لحساب صاحب المصلحة ، ويستخلص ذلك من أن المودع قد دفع أقساط التأمين للمودع عنده (انظر في كل ذلك بودري وفال في الوديعة فقرة ١٠٧٦ - فقرة ١٠٧٨) .

(١) ويجب على المودع عنده أيضاً أن يقوم بالمصرفات لحفظ الشيء من التلف ، على أن يرجع بهذه المصرفات على المودع (بلانير وديري وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١١) . ولا يجب عليه ، كما يجب على المستجير ، أن ينقل الشيء المودع بضميمته لماله الخاص ، فإن هذا يقتضي نصاً ورد في العارية ولم يرد في الوديعة (بودري وفال في الوديعة فقرة ١٠٦٩ - أوبري ورو إسبان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٣) ، والمستجير متبرع له أما المودع عنده فتبرع أو في القليل مأجور غير مضارب (عكس ذلك محمد على مرقه ص ٤٦٦) . وإذا خشي المودع عنده بماله لإنقاذ الشيء المودع لأنه أكبر قيمة من ماله ، رجع على المودع بما تحمله من الخسارة في ماله (بودري وفال في الوديعة فقرة ١٠٧٠) .

(٢) قرب بودري وفال في الوديعة فقرة ١٠٥٧ مكررة .

(٣) انظر في الفقه والقضاء في فرنسا في تأثير الحرب المالية الثانية في المسؤولية عن الواقع : روديير J.C.P. ١٩٤٢ - ١ - ٢٦٨ - كاربونيه في المجلة الفصلية لقانون المدني ١٩٤٢ ص ٢١٠ - بلانير وديري وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ مكررة - دوي ٢٢ يناير سنة ١٩٤٣ جازيت دي پاليه ١٩٤٣ - ١ - ٢٠٨ - ليون ٢٣ يونيو سنة ١٩٤٤ جازيت دي پاليه ١٩٤٤ - ١ - ١٣٤ - أوله ٢ - ١٢٢ - باريس ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٤ جازيت دي پاليه ١٩٤٤ - ٣ - ١٣٤ - أوله مارس سنة ١٩٤٥ جازيت دي پاليه ١٩٤٥ - ١ - ٣٠٠ - براتيه ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٨ هالوز ١٩٤٨ - ٣٥٣ .

(٤) وقد أورد التفتين المدني العراقي تطبيقات مختلفة في تعيين المراجع في النصوص الآتية : =

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني يتضمن تطبيقاً لما يجب أن يذله المودع عنده ، مأجوراً كان أو غير مأجور ، من العناية في حفظ الشيء ، فكانت المادة ١٠٠١ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « إذا حجزت الوديعة تحت يد المودع ، أوفعت عليه دعوى باستحقاقها ، وجب عليه أن يخطر المودع بذلك فوراً ، ويجاز له أن يحصل على ترخيص في إبداءها على مدة من يثبت له الحق فيها^(١) » . وليس هذا النص إلا تطبيقاً للقواعد التي سلف ذكرها ، لأن المودع عنده^٢ حتى لو كان غير مأجور ، لا يتصور فيه أن ينزل في العناية بشؤونه الشخصية عن هذا الحد ، ومن ثم يمكن العمل بهذه الأحكام بالرغم من حذف النص . ونجترئ هنا بما جاء في المذكرة الإيضاحية

م ٩٥٤ : ١ - يجوز للمودع السفر بالوديعة ، وإن كان لما حل ، ما لم يمه صاحبا عن السفر بها أو يمين مكان حفظها أو يكن الطريق مخوفاً ، ففي هذه الأحوال إذا سافر بها وهلك الوديعة كان عليه الضمان . ٢ - عل أنه إذا كان السفر ضرورياً وسافر بالوديعة بنفسه وعياله أو بنفسه وليس له عيال ، وهلك ، فلا ضمان عليه مطلقاً . وعليه الضمان ، إذا سافر بالوديعة بنفسه دون عياله إن كان له عيال .

م ٩٥٥ : ١ - إذا غلط المودع الوديعة بماله أو بماله غيره بلا إذن صاحبا بحيث يتعسر تفريق المالكين ، فعليه ضمانها سواء كان المال الذي غلط بها من جنسها أو من غيره . وإن غلطها غيره غلطاً يتعسر منه تفريقها فالضمان على المالحط . ٢ - أما إذا غلط المودع الوديعة بماله بإذن صاحبا أو اغتطلت بلا صته بحيث يتعسر تفريق المالكين ، يصير المودع شريكاً لملك الوديعة . فإن هلك المال بلا نقصير ، فلا ضمان على المودع الشريك .

م ٩٥٧ : ١ - إذا أقرض المودع حرام الوديعة أو أدى منها دين المودع بلا إذن أو إجازة صته ، ضماناً . ٢ - ومع ذلك إذا كان المودع غائباً غيبة منقطعة ، وقرضت الحكمة عليه نفقة ودفعها المودع بأمر الحكمة من النفود المودعة عنده ، فلا يلزمه ضمانها . وإن دفعها بلا إذن الحكمة ، فعليه الضمان .

م ٩٦٠ : الوديعة إذا لزم ضمانها ، فإن كاثبت من الخليات تضمن بطلها ، وإن كاثبت من القبيات تضمن بقيتها يوم لزوم الضمان .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٤٧ في الخامس - وقد نقتت المادة ٧١٠ من تقنين الموجبات والتقود البتاني في هذا الصدد على أنه « يجب على المودع أن يرد الوديعة إلى المودع وإن يكن هناك شخص آخر يدعيها لنفسه ، ما لم تحيز أو تقم في شأنها دعوى الاستحقاق لدى القضاء - فنعتقد يجب على المودع أن يضطر المودع بلا إبطاء عن الحجز أو دعوى الاستحقاق . ويصبح المودع بمنزل عن الدعوى منذ الساعة التي يثبت فيها أنه وديع لا غير - وإذا طال مدة النزاع إل ما بعد التاريخ المعلن لرد الوديعة ، فلو دعي أن يستمر إذناً في إبداءها لحساب صاحب الحق » .

للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وكما يجب على الوديع أن يحفظ الشيء من كل تلف مادى ، كذلك يجب عليه أن يتقادر بشأنه كل ضرر يترتب على اتخاذ إجراءات قانونية متعلقة به . فإذا حجز الشيء تحت يده ، أو رفعت عليه دعوى باستحقاقه ، وجب عليه أن يخطر المودع بذلك فوراً . وإن أبطلنا فى ذلك لأى سبب ، لزمه اتخاذ الإجراءات التى تحفظ مصلحة المودع . ومضى أثبت الوديع صفته ، وجب إخراجها من الدعوى . غير أنه إذا استمر النزاع إلى مابعد المدة المحددة للوديعة ، جاز للوديع أن يحصل على ترخيص فى إبداء الشيء فى خزنة المحكمة أو عند أى شخص تعينه المحكمة لذلك ، على أن يسلم الشيء فيما بعد إلى من يثبت له الحق فيه »^(١) .

وإذا تعدد المودع عندهم ، لم يكونوا متضامنين فى المسؤولية ، لأن مسئوليتهم عقدية لا تقصيرية ، ولم ينص القانون على التضامن^(٢)

٣٥٧ - حرمة مسؤولية المودع عنده عن السبب الأجنبى : ولا يكون المودع عنه ، ولو كان مأجوراً ، مسئولاً عن السبب الأجنبى ، حتى لو ثبت أنه لم يبذل العناية المطلوبة . ذلك أن السبب الأجنبى يبنى علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، فيكون الضرر منسوباً إلى سبب أجنبى لا إلى خطأ المودع عنده ، ومن ثم لا يكون هذا مسئولاً^(٣) . وعقب إثبات السبب الأجنبى يقع على المودع عنده ، مأجوراً كان أو غير مأجور : إذ هو لا يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت أنه بذل العناية المطلوبة ، أو أثبت السبب الأجنبى^(٤) . وقد نص تقنين الموجبات والعقود اللبثانى على هذه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٥٠ .

(٢) هيك ١١ فقرة ٢٢٢ - جيوار فقرة ٩٧ - بودوى وقال فى الوديعة فقرة ١٠٦٨ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأن المودع عنه لا يكون مسئولاً إذا أضرع الوديعة فى اضطرابات أضرع فيها ماله وفقد حريته (استئناف مخطط ٢٠ يولييه سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٥) . ومع ذلك يظل المودع عنه مسئولاً حتى عن السبب الأجنبى إذا كان قد أغلر أو كان قد قبل تحمل هذه التبعة (جيوار فقرة ٦٠ - بودوى وقال فى الوديعة فقرة ١٠٧١ - محم كامل مرسى فقرة ٣١٣ ص ٤٢٢ - وانظر م ١٩٢٩ ملف فرنسى) .

(٤) نفى فرنسى ٢ يولييه سنة ١٩١٣ سيرييه ١٩١٤ - ١ - ٣١٣ - ٢٥ سبتمبر سنة ١٩٤١ سيرييه ١٩٤١ - ١ - ١٩٩ - بودوى وقال فى الوديعة فقرة ١٠٧٣ - أوبرى

الأحكام ، وإن كان لم يحمل المودع عنده عبء الإثبات إلا إذا كان مأجوراً أو كان لم يقبل الوديعة إلا بمقتضى مهنته أو وظيفته ، فقصت المادة ٧١٤ من هذا القانون بأنه لا يكون الوديع مسئولاً عن هلاك الوديعة أو عن تعيها إذا نجم : ١ - عن ماهية الشيء المودع أو عن وجود عيب فيه أو من فعل المودع . ٢ - عن قوة القاهرة ، ما لم يكن في حالة التأخر عن رد الوديعة . أما إقامة البرهان على وجود الأحوال المبينة في الفقرتين (١) و (٢) المتقدم ذكرهما فهي على الوديع إذا كان يتناول أجراً أو يقبل الودائع بمقتضى مهنته أو وظيفته^(١) .

٣٥٨ - الاتفاق على تعويل قواعد المسؤولية : وما قدمناه من القواعد في مسؤولية المودع عنده عن حفظ الشيء لا يتعلق بالنظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفه . وكان المشروع التمهيدى للمادة ٧٢٠ ملئ بنص على ذلك صراحة ، فحذف النص في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه استثناء عنه بالقواعد العامة^(٢) .

ومن ثم يجوز الاتفاق على تشديد مسؤولية المودع عنده ، كما يجوز الاتفاق على تخفيفها أو على الإعفاء منها . مثل تشديد مسؤولية المودع عنده أن يشترط المودع مسؤوليته عن عناية الشخص المعتاد حتى لو كان غير مأجور ، أو أن يشترط مسؤوليته إذا كان مأجوراً عن السبب الأجنبي^(٣) .

= ورد وإسناد ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٢ - بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١١ - دي بلانج ٥ فقرة ٢٠٥ .

(١) انظر أيضاً م ١٩٢٩ مدنى فرنسى - وفرى من ذلك أن خطأ المودع يعتبر سبباً أجنبياً بينى المشاوية عن المودع عنده . وقد قضى بأن المودع مسئول عن ضياع الوديعة المنسب عن غشام القاحش (استئناف وطى ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٤١ - ٤٢٦) . ولا يعتبر سبباً أجنبياً القوة القاهرة إذا كانت ناشئة عن تقصير المودع عنده ، وقد قضى بأن على المدين الذى يدعى بخله بسبب قوة القاهرة أن يثبت أن الحادث القهرى لم يكن ناشئاً عن إهماله أو خطأه . وعلى ذلك فالمودع عنده بأجر يعتبر مسئولاً إذا فقدت الوديعة بسرقة ، وكانت السرقة نتيجة إهمال وقع منه بتركه باب المكان الموضوع فيه تلك الوديعة مفتوحاً (ملوى ١٠ أبريل سنة ١٩٠٥ الجمعية الرسمية ٦ رقم ١٠٤ ص ٢٢٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٤٨ - وانظر أيضاً فقرة ٣٥٦ في المحس .

(٣) نقض فرنسى ٢٨ يناير سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٢٤٦ - بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٢ .

ومثل تخفيف مسئولية المودع عنده أن يشترط هذا وهو مأجور عدم مسئوليته إلا عن عناية الشخصية ، أو ألا يكون مسئولاً عن انحراف إلا في حدود مبلغ معين ولو زاد الضرر على هذا المبلغ^(١) .

وإعفاء المودع عنده من المسئولية يكون بأن يشترط على المودع ألا يكون مسئولاً عن خطأه . ويصح هذا الشرط حتى لو كانت الوديعة مأجورة ، لأن الإعفاء من المسئولية عن الخطأ العقدي جائز^(٢) . ولكن يبقى المودع عنده ، بالرغم من شرط الإعفاء مسئولاً عن الفشل أو الخطأ الجسيم^(٣) .

٣٥٩ - عزم جواز استعمال المودع عنده للوديعة - نص قانوني :
تنص الفقرة الثانية من المادة ٧١٩ من التتئين المدني على ما يأتي :
« وليس له (للمودع عنده) أن يستعملها (الوديعة) دون أن يأذن له المودع في ذلك صراحة أو ضمناً »^(٤) .

فالمودع عنده لا يجوز له أن يستعمل الوديعة ، ولا أن يسمح لأحد باستعمالها ، بل ليس له ، كما تقول المادة ١٩٣١ مدني فرنسي ، أن يكشف عنها ليعرف ما هي إذا كانت قد ساحت إليه في صندوق مقفل أو في غلاف

(١) أو ألا يكون مسئولاً عن أخطاء معينة (نقض فرنسي ٢٧ يولييه سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ١ - ١٨٧ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٢ - أنسكلوبيدي دالوز ٢٠ لفظ Dépôt فقرة ١٢٥) .

(٢) نقض فرنسي ٣ أغسطس سنة ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٨ - ٥٣٦ - ١٥ يولييه سنة ١٩٤٩ مع يه ١٩٥٠ - ١ - ١٩ - انظر عكس ذلك أنسكلوبيدي دالوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ١٣٢ . ولا يمكن لافتراض قبول المودع بشرط الإعفاء مجرد تعليق إعلان يتضمن هذا الشرط ، إذ يحتمل ألا يكون المودع قد التفت إلى هذا الإعلان (ليون ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ ميريه ١٩٢٩ - ٢ - ٩٥ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٢ حاشي ٣ - محمد علي مرقه ص ٤٦٩ حاشي ١) .

(٣) استئناف مخطوط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٧٥ (عدم إعطاء المودع بما تعرض له البضاعة المودعة من الخطر الدائم) . نقض فرنسي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٤ جازيت دي پاليه ١٩٣٥ - ١ - ٦ - بودري وفال في الوديعة فقرة ١٠٦٦ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٢ .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢/٩٩٩ من المشروع المهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التتئين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٧٥١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/٧٥٠ ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٧١٩ (مجموعة الأعمال التشريعية ص ٢٤٤ - ص ٢٤٥) .

عنقوم^(١) . ويتصل هذا الالتزام السلي اتصالاً وثيقاً بال التزام المودع عنده بحفظ الشيء ، إذ الغرض من الوديعة هو كما قدما حفظ الشيء لا استعماله . وإذا كان الشيء ينتج غلة ، وجب على المودع عنده أن يحفظ غلته معه دون أن يفصلها عنه إلا لحفظها ، ويجب عليه في كل حال أن يقدم حساباً للمودع عن هذه الغلة^(٢) .

على أنه يجوز للمودع أن يأذن للمودع عنده في استعمال الشيء ، ويبقى العقد مع ذلك وديعة بشرط أن يكون حفظ الشيء هو الغرض الأساسي من العقد واستعماله ليس إلا أمراً ثانوياً بجانب هذا الغرض الأساسي . فإن كان الاستعمال غرضاً أساسياً ، لم يكن العقد وديعة بل كان عارية استعمال إذا كان الشيء غير قابل للاستهلاك^(٣) وقرضاً إذا كان الشيء قابلاً للاستهلاك . ونرى من ذلك أن المودع عنده يجوز له استعمال الشيء بشرطين : أن يكون هذا الاستعمال أمراً ثانوياً بالنسبة إلى الغرض الأساسي وهو حفظ الشيء ، وأن يكون المودع قد أذن له في الاستعمال ، والإذن كما يكون صريحاً قد يكون ضمناً ، ويستخلص الإذن الضمني من الظروف . فإذا أودع شخص ساعة

• ويقابل النص في التقنين المذق القديم المادة ٥٩٤/٤٨٦ : ولا يجوز له أن يستعمل الشيء المودع عنده ، وإلا كان ملزماً بالتعويضات . (وحكم التقنين المذق القديم يتفق مع حكم التقنين المذق الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المذنية العربية الأخرى :

التقنين المذق السوري م ٢/٦٨٥ (مطابق) .

التقنين المذق الليبي م ٢/٧١٩ (مطابق) .

التقنين المذق العراقي م ١/٩٥٦ : ليس للوديع أن يستعمل الوديعة وينتفع بها دون إذن صاحبها ، وإن استعملها بلا إذنه وهلكت فعليه تعويضها . (وحكم التقنين العراقي يتفق مع حكم التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ١/٧٠٠ : إذا استعمل الوديع الوديعة أو تصرف فيها بلا إذن من المودع ، كان مسئولاً عن هلاكها أو تعيها ولو كان السبب فيها حادثاً خارجياً . (وحكم التقنين اللبناني يتفق مع حكم التقنين المصري) .

(١) بودوي وقال في الوديعة فقرة ٨٦-١-أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٣-بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٦ - محمد كامل مرسى فقرة ٣١٥ .

(٢) أنظر م ١٩٣٦ مذكور فرنسي - بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٦ .

(٣) بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٦ - محمد علي عرفة ص ٤٦٤ .

مثلاً ، فالغالب أنه لا يمنع في أن ينظر المودع عنده في الساعة ليعرف الوقت ، بل إن للمودع عنده أن « يملأ » الساعة من وقت إلى آخر حتى تستمر في السير^(١) . وكذلك إذا أودع شخص كتاباً عند آخر ، فلا يمنع من أن يقرأ المودع عنده في هذه الكتب^(٢) بشرط ألا يترك فيها أثراً من القراءة ، وهذا ما لم ينه المودع عن القراءة صراحة أو ضمناً . ويمكن القول بوجه عام إن الإذن الضمني في استعمال الشيء يستخلص إذا كان هذا الشيء غير قابل للاستهلاك بأبسر مما يستخلص فيما لو كان الشيء قابلاً للاستهلاك^(٣) .

وإذا أدخل المودع عنده التزامه ، فاستعمل الشيء دون إذن صريح أو ضمني ، أو تصرف فيه من باب أولى بالبيع أو الرهن أو الإيجار أو العارية أو أي تصرف آخر ، كان مسئولاً عن ذلك مسئولية مدنية^(٤) ، وجازت أيضاً مساءلته جنائياً عن جريمة التهديد بالنسبة إلى المودع^(٥) ، وعن جريمة النصب بالنسبة إلى من تصرف له^(٦) . والإذن بالاستعمال لا يفترض ، بل يقع

(١) ونرى من ذلك أنه قد يكون من الضروري استعمال الشيء المحافظة عليه ، كما إذا كان الشيء المودع سيارة فيستعملها المودع عنه من وقت إلى آخر حتى لا تلفت بعدم الاستعمال ، ويجب ألا يزيد في ذلك على المألوف في مثل هذه الأحوال (محمّد علي عرفة ص ٤٦٣) .

(٢) جيوارو فقرة ٦٥ - بودري وقال في الودعية فقرة ١٠٨١ .

(٣) جيوارو فقرة ٦٦ - بودري وقال في الودعية فقرة ١٠٧٩ - بلايول وريبيرو وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٦ .

(٤) وتقول المادة ٢/٩٥٦ مطلق عراقي في هذا الصدد : « وليس للوديع أن يتصرف في الودعية بإجارة أو إعاراة أو رهن بلا إذن صاحبها ، فإن فعل ذلك وهلك في يد المستأجر أو المستعير أو المرتهن ، فللكها تقصين الوديع ، وله تقصين المستأجر أو المستعير أو المرتهن إذا كان عالماً بأن المال ودعية لم يأذن صاحبها بالتصرف فيها » . وتقول المادة ١/١٧٠٠ من تقنين الموجبات والمقود البائي : « وكفك يكون (الوديع) في جميع الأحوال مسئولاً عن الهلاك أو التيب ولو نجم عن طارئ غير متوقع ، إذا اتهم بالودعية ، غير أنه يحتفظ بما يكون قد ربحه حينئذ من هذا الوجه . وإذا لم يستعمل إلا جزءاً من الودعية أو لم يتصرف إلا في جزء منها ، فلا يكون مسئولاً إلا عن هذا الجزء » . واحتفاظ الوديع بالربح يحمل على أنه ثمرة عمله ، مع عدم الإخلال بحق المودع في الرجوع على المودع له بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب الاتجار في الودعية .

وإذا تلف الشيء أو هلك أوضاع ، وجب على المودع عنده أن يثبت ليتخلص من المسئولية أن الاستعمال لم يكن السبب في ذلك (بودري وقال في الودعية فقرة ١٠٨٢ - بلايول وريبيرو وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٦) .

(٥) محمد علي عرفة ص ٤٦٤ .

(٦) ويجرد استعمال الشيء دون التصرف فيه بموجب المسألة الملغية دون المسألة الجنائية . -

على المودع عنده عبء إثباته . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ونصت الفقرة الثانية (من المادة ٧١٩ مدنى) على واجب الامتناع عن استعمال الشيء دون ترخيص المودع بذلك صراحة أو ضمناً . ويجب على من يدعى هذا الترخيص أن يثبت صدوره ، لأن الإذن بالاستعمال لا يفترض »^(١) .

٣٦٠ - عزم جواز أنه محل المودع عنده غيره محذوف فى حفظ الوديع -

نص قانونى : نص المادة ٧٢١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ليس للمودع عنده أن يحل غيره محله فى حفظ الوديع . دون إذن صريح من المودع ، إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملحة عاجلة »^(٢) .

= وقد كان القانون الفرنسى القديم يعرف ما يسمى بسرقة الاستعمال (vol. d'usage) كاعرف سرقة الرهن (vol de gage) ، ولكن هذا النوع من السرقة غير معروف اليوم (بلانيول وديير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٦٦ - جوسران ٢ فقرة ١٣٦٥ ص ٧١١) .
(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤٩ .

(٥) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٠٠٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٥٣ فى الشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٩ - ص ٢٥١) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم ، ولكنه تطبيق للقواعد العامة ، فكأن معمولاً به فى عهد هذا التقنين .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٨٧ (مطابق) :

التقنين المدنى الليبى م ٧٢١ (مطابق) ويضيف التقنين الليبى فى آخر المادة : « وفى هذه الحالة يجب على المودع عنده أن يحظر المودع بذلك بمجرد أن يتيسر له الإخطار » .
التقنين المدنى العراقى م ٢/٩٥٢ : وله (الوديع) أن يحفظها بنفسه أو بمن يأتمنه على حفظ ماله عادة ، وله أن يحفظها عند غير أمينه بملء .

م ٩٥٨ : ١ - إذا أودع الوديع الوديعه عند أحد بإذن صاحبها ، خرج من الهبة ، وصار الثانى وديماً . ٢ - وإن أودعها بلا إذنه عند من لا يأتمنه عادة ، وهلكت بتسدى الوديع الثانى ، فلصاحبها الخيار إن شاء ضمن الوديع الأول أو الثانى ، فإن ضمن الأول فله الرجوع على الثانى ، وإن ضمن الثانى فلا رجوع له على أحد . وإن هلكت عند الثانى بدون تسديده وقبل مفارقة الأول فلا يضمن أحد منهما ، وإن هلكت بعد مفارقتها فلصاحبها أن يضمن الوديع الأول دون الثانى . =

وهنا نرى أن الوديعة تختلف عن الوكالة ، فقد رأينا في الوكالة أنه يجوز للوكيل أن ينيب عنه غيره في تنفيذ الوكالة ما لم يمنعه الموكل من ذلك^(١) ، أما هنا في الوديعة فإنه يتبين من النص سالف الذكر أنه لا يجوز للمودع عنده أن ينيب عنه غيره في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع . ونرى في ذلك أثراً واضحاً للاعتبار الشخصي الذي لمقد الوديعة ، حتى أنه ليزيد في ذلك على عقد الوكالة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « يفرض في الوديعة أن شخص الوديع له اعتبار خاص عند المودع ، فلا يجوز للوديع أن يحل غرضه محله في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع ، إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملحة عاجلة ، إذ أن الضرورات تبيح المحظورات^(٢) . ونرى من ذلك أن المودع عنده لا يجوز له أن ينيب عنه غيره في حفظ الوديعة إلا في حالتين : (١) إذا أذن له المودع في ذلك إذناً صريحاً . (٢) وإذا اضطر إلى ذلك بسبب

« (وتختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أنه يجوز للمودع عنده في التقنين العراقي أن يودع الوديعة عند من يأتمنه على حفظ ماله ولو في غير ضرورة وبغير إذن المودع ، فإذا حصل على إذن المودع خرج من المهدة وارتبط المودع بالوديع الثاني ارتباطاً مباشراً . هذا إلى أن التقنين العراقي يحوى في المادة ٢/٩٥٨ منه على تفصيلات مأخوذة من الفقه الإسلامي) .

تقنين الموجبات والمقود اللبناني م ٦٩٧ : لا يحق للوديع أن ينيب عنه شخصاً آخر في المحافظة على الوديعة إلا في إحدى الحالتين الآتيتين : ١ - إذا أجاز له المودع صراحة . ٢ - إذا قضت بهذا الاحتفاظ ضرورة ماسة جداً .

م ٦٩٨ : إن الوديع يكون ، فيما خلا الحالة المنصوص عليها في العدد (٢) من المادة السابقة ، مشغولاً عن الشخص الذي ينيب عنه ، ما لم يتم البرهان على أن الوديعة لو بقيت بين يديه لنابها أيضاً الملاك أو التعيب بدون أن يرتكب خطأ . أما إذا كان يحق للوديع أن ينيب عنه شخصاً آخر ، فلا يلزمه الضمان إلا في الحالتين الآتيتين : ١ - إذا اختار شخصاً غير حائز للصفات التي تؤهله لحفظ الوديعة . ٢ - إذا استبدل التعليمات التي كانت لديه أو أصدر إلى الشخص الذي أنابه تعليمات فشا عنها للضرر وإن يكن قد أحسن اختياره .

م ٦٩٩ : يحق للمودع أن يقيم الدعوى مباشرة على نائب الوديع كما لو كانت على الوديع نفسه . (ويتفق التقنين اللبناني مع التقنين المصري في عدم جواز إحلال الوديع شخصاً آخر محله إلا في حالتين ، ولكنه يختلف عنه في أنه جعل للمودع دعوى مباشرة تجاه الوديع الثاني ، وفي أنه أورد تفصيلات في مسئولية الوديع الأول عن الوديع الثاني تتفق في مجموعها مع القواعد العامة) .

(١) انظر آتفاً فقرة ٢٦٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٠ - ص ٢٥١ .

ضرورة ملجئة عاجلة ، كما إذا فجأه داع للسفر ولم يتمكن من رد الوديعة إلى صاحبها فاضطر إلى إيداعها عند من يأتونه عليها . أو كما إذا دهم بحبس أو اعتقال فلم يتمكن إلا من نقل الوديعة إلى يد تحفظها . وعليه أن يخطر المودع بذلك بمجرد أن يتيسر له هذا الإخطار^(١) .

وإذا كان مسموحاً للمودع عنده أن ينبذ عنه غيره في حفظ الوديعة على الوجه المتقدم الذكر ، فإنه يبقى مع ذلك مسئولاً عن خطأ نائبه تجاه المودع ، ما لم يكن هذا الأخير قد أعفاه من هذه المسؤولية عندما أذن له في إنابة غيره ، وبخاصة إذا كان المودع هو الذي اختار هذا النائب^(٢) . وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد : « فإذا أحل المودع غيره محله دون إذن بذلك ، كان مسئولاً عن فعل ذلك الغير وإن كان ذلك بإذن المودع ، فيكون المودع مسئولاً عن سوء اختياره لذلك الغير وعن كل عيب في التعليمات التي أصدرها له بشأن حفظ الشيء : انظر م ١٠٠٦ من التقنين التونسي وم ٧٩٢ عن التقنين المراكشي وم ٦٩٨ من التقنين اللبناني^(٣) .

وإذا تقاضى النائب من المودع عنده أجراً ، جاز لهذا الأخير أن يرجع بهذا الأجر على المودع إذا كان قد أذنه في الإنابة أو كانت الإنابة بسبب ضرورة ملجئة عاجلة^(٤) ، وبشرط ألا يكون المودع عنده يتقاضى أجراً من المودع يدخل فيه أجر النائب^(٥) .

(١) انظر م ٧٢١ مدني ليسبي آتفاً نفس الفقرة في المامش .

(٢) بودري وقال في الوديعة فقرة ١٠٥٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٣ - باريس ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ دالوز الأسبوعي ١٩٣٧ - ٢٠٩ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٥١ - أما إذا لم يكن مسموحاً للمودع عنده في إحلال غيره محله في حفظ الوديعة ، وحلكت الوديعة في يد المودع الثاني ولو بقرعة قاهرة ، كان المودع الأول مسئولاً لأنه أخطأ في إحلال غيره محله ، وذلك ما لم يثبت أن الوديعة كانت تملك لو أنها بقيت عنده ، كما إذا نشبت حريق فالتهمت منزل كل من المودع الأول والمودع الثاني وأنت حل ما في المنزلين من أثاث وودائع (محمد حل عرفة ص ٤٦٩) .

(٤) نقض فرنسي ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ٢٣ .

(٥) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٣ ص ٥٢٣ .

ويجوز القضاء الفرنسي أن يرجع المودع على نائب المودع عنه بالدعوى المباشرة ، لا فحسب بدعوى الاستحقاق إذا كان المودع مالكا للشيء ، بل أيضاً بالدعوى الشخصية الناشئة من عقد الإنابة ، ويقع القضاء الفرنسي دعوى المودع المباشرة قبل نائب المودع عنه على دعوى الموكل المباشرة قبل نائب الوكيل^(١) . ويبدو أن من الصعب مجازاة القضاء الفرنسي في ذلك ، إذ الدعوى المباشرة لا تكون إلا بنص ، وقد وجد هذا النص في الوكالة ولم يوجد في الوديعة^(٢) .

المبحث الثالث

رد الشيء المودع

٣٦١ - نص قانوني : تنص المادة ٧٢٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده . وللمودع عنه أن يلزم المودع بتسليم الشيء في أي وقت ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع » .

وبحسن أن نورد هذا النص كما ورد في المشروع التمهيدي ، فهو أكثر إحاطة بموضوع الالتزام بالرد ، وقد أصبح بتعديله على الوجه السالف الذكر أقرب إلى انتهاء الوديعة التي حدد لها أجل . ونص للمشروع التمهيدي على كل حال يتفق مع القواعد العامة ، وهو يجري على الوجه الآتي : « ١ - على الوديع ، متى انتهت الوديعة ، أن يرد إلى المودع أو إلى من يخلفه الشيء المودع وما يكون قد قبضه من ثماره . ٢ - ويرد الشيء * المكان الذي يجب

(١) تقضى فرنسا ٦ يولييه سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ - ١ - ١١٩ - پلانيول وريبير

وسالفاتيه ١١ فقرة ١١٨٣ ص ٥٢٣ - انظر عكس ذلك يودى وقال في الوديعة فقرة ١٠٥٧ .

(٢) محمد علي عرقس ٤٧٠ - وقد أورد تقنين الموجبات والعقود الثاني هذا النص ،

فقضت المادة ٦٩٩ من هذا التقنين بأنه « يحق للمودع أن يتم للدعوى مباشرة على نائب الوديع كما لو كانت على الوديع نفسه » (انظر أيضاً نفس الفقرة في المراسم) .

فيه حفظه ، وتكون مصروفات الرد على المودع . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك^(١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادة ٤٨٧/٥٩٥^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى في التقنين المدني السوري المادة ٦٨٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٢٢ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ١/٩٦١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧١١ والمادة ٧١٤^(٣) .

ونبحث في الالتزام بالرد المسائل الآتية : (١) ما الذي يجب رده . (٢) لمن يكون الرد ومتى وأين يكون . (٣) جزاء الإخلال بالالتزام بالرد .

(١) تاريخ النص : ورد نص المادة ٧٢٢ مدني في المادة ١٠٠٣ من المشروع التمهيدي

على الوجه المبين في المتن . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية كثفاً بالقواعد العامة ، وعدلت الفقرة الأولى على الوجه الذي استقرت عليه في التقنين المدني الجديد ، وذكر أنها عدلت « بما يجعل حكمها أدق وأوضح » ، وأصبح رقم النص ٧٥٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٥٢ - ص ٢٥٣) .

(٢) التقنين المدني القديم م ٤٨٧/٥٩٥ : وعليه (على الوجه) أن يرد (الشيء المودع)

إلى المودع نفسه أو لمن يتوب عنه .

(وحكم التقنين المدني القديم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٨٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٢٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١/٩٦١ : على المودع متى انتهى عقد الوديعة أن يرد الوديعة وما يكون

قد قبضه من أثمارها إلى المودع أو من يخلفه متى طلب منه ذلك . ويكون الرد في المكان الذي كان يلزم حفظ الوديعة فيه ، ومصروفات الرد على المودع . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

(وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧١١ : يجب على المودع أن يرد الوديعة فيها والملاحقات

التي سلمت إليه معها بالحالة التي تكون عليها ، مع الاحتفاظ بتطبيق أحكام المادة ٧١٤ .

م ٧١٤ : لا يكون المودع مسئولاً عن هلاك الوديعة أو من تعيها إذا نيم : ١ - عن ماله

الشيء المودع أو عن وجوده عيب فيه أو عن فعل المودع . ٢ - عن قوة قاهرة ، ما لم يكن في ساقط

التأخر عن رد الوديعة - أما إقامة البرهان على وجود الأحوال المبينة في الفقرتين (١) و (٢) المتقدم ذكرهما فهي على المودع إذا كان يتناول أجراً أو يقبل الدائع بمقتضى مهنته أو وظيفته .

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .

§ ١ - مالذى يجب رده

٣٦٢ - مسائل ماثلة : الأصل فى الرد أن يكون عينا ، وقد يكون الرد بمقابل ، ويجب أيضاً رد الثمار .

٣٦٣ - الرد عينا : يلتزم المودع عنده ، عند انتهاء العارية ، برد الشيء المودع إلى المودع . والأصل أن يكون الرد عينا ، أى أن يرد نفس الشيء المودع . فترد السيارة المودعة ذاتها ، أو الملابس عينا ، أو الأوراق المالية ، أو البضائع ، أو غير ذلك من الأشياء المودعة . وهذا صحيح حتى لو كان الشيء المودع شيئاً مثلياً وكان يهلك بالاستعمال ، كالأطعمة والغلال والمشروبات ونحوها . والتقود تكون عادة محلاً للوديعة الناقصة ، فتكون قرصاً وتنتقل ملكيتها للمقرض ويرد مثلها كما سئرى . ومع ذلك يمكن أن تكون القطع الذهبية أو الفضية ، أو كيس من التقود ، محلاً للوديعة الكاملة ، فتحتفظ بذاتها لدى المودع عنده ولا تنتقل ملكيتها إليه ، فلا يجوز له التصرف فيها ، ويجب عليه ردها عينا إلى المودع^(١) . ويترتب على ما قلناه أنه إذا كان الشيء المودع أسهما وسندات ولو كانت لحاملها ، كان للمودع أن يطلب ردها عينا بنواتها وبفلس أرقامها^(٢) ، وله أن يرفض أسهما وسندات أخرى مماثلة لها تماماً^(٣) .

والمودع هو الذى يحمل عبء إثبات ذاتية الشيء المودع إذا حصل

(١) بوردى وقال فى الوديعة فقرة ١٠٨٩ .

(٢) فقد تختلف عن مثيلاتها من ناحية مواعيد الاستهلاك ومن ناحية استحقاق الجوائز (محمد كامل مرسى فقرة ٢٢٣) .

(٣) نقض فرنسى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٠ سيرة ١٩٠١ - ١ - ١١٣ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٦٠٩ - بوردى وقال فى الوديعة فقرة ١٩٠٣ - ١٩٠٣ - ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٥ - ويختلف الحكم فيما إذا كانت الأسهم والسندات لم تمين بنواتها ، بل اكتفى بتعيين عددها وتقدير قيمتها ، فعند ذلك يرد مثلها فى العدد والقيمة ، وتكون الوديعة فى هذه الحالة وديعة ناقصة (بوردو ٢٤ مارس سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٧ - ٢ - ٦٦ - باريس ٥ فبراير سنة ١٩٣٥ - دالوز الأسبوعى ١٩٣٥ - ٢٢٨ - ليون ٤ يونيو سنة ١٩٤٥ جازيت دى پاليه ١٩٤٥ - ٢ - ٧٥) . وانظر فى إيداع الأوراق المالية على هذا النحو فى فرنسا فى مصرف مركزى (Sicovam) تنبه جميع المصارف لآلى تقبل ودائع الأوراق المالية الفرنسية والأجنبية : پلانول وبيير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٩ مكررة .

خلاف في ذلك ، ويكون الإثبات طبقاً للقواعد العامة^(١) . ويكون الإثبات عادة تجاه المودع عنده حتى يسترد المودع الشيء بعينه ، ولكن يقع أحياناً أن يكون الإثبات تجاه دائي المودع عنده إذا أفلس هذا الأخير حتى يتمكن المودع من انتزاع الشيء المودع من التفليسة دون أن تمتد إليه حقوق الدائنين^(٢) . وأكثر ما يكون الإثبات بكتابة تدل على الوديعة ، فسلم السيارة مثلاً بمحضر تسليم أو بيان بأوصافها ، وتسجل أرقام الأوراق المالية المودعة باسم المودع في دفاتر المودع عنده . وقد توضع علامات مميزة على الشيء المودع لإثبات الوديعة ، كما إذا ختم كيمس النقود أو صندوق المجوهرات المودع بخاتم المودع ، أو وضعت عليه ورقة مكتوبة تحمل اسمه^(٣)

ويرد الشيء في الحالة التي يكون عليها وقت الرد^(٤) . غير أنه إذا كان قد هلك أو تلف أو تعيب ، لم يتخلص المودع عنده من المسؤولية عن ذلك إلا إذا أثبت أنه قد بذل العناية المطلوبة منه^(٥) ، أو أثبت أن الهلاك أو التلف

(١) بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٩٠ - ويكون للمودع عنده فوق ذلك أن يطالب المودع بإبراز إيصال للوديعة ، ولكن إذا عرض عليه المودع أن يكتب له مخالصة بتسليم الوديعة لم يكن للمودع عنده أن يمتنع عن ذلك ، إذ أنه بهذه المخالصة يتخلص من المطالبة ، ويجب عليه رد الوديعة في مقابل المخالصة (بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١٥٩ مكررة) . أما إذا كان الإيصال لحامله ، فلا ترد الوديعة إلا لحامل هذا الإيصال (محمد علي عرفة ص ٤٩٢ هامش ٣) .

(٢) نقض فرنسي ٩ يناير سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٩ - ١ - ٣٠٧ - باريس ٥ مارس سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ٢ - ١٧ - ٣٠ يونيو سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤ - ٢ - ٥٠١ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١٠٩ - بلانيول وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٥ .

(٣) نقض فرنسي ٩ يناير سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٩ - ١ - ٣٠٧ - باريس ٦ يولي سنة ١٨٧٠ دالوز ٧١ - ٢ - ١٨٢ - ٣٠ يونيو سنة ١٨٩٣ سيري ٩٤ - ٢ - ٤٨ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٩١ - محمد علي عرفة ص ٤٧٢ .

(٤) أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٤ - وتقول المادة ٧١١ من تقنين الميراثات والنقود اللبان في هذا الصدد : « يجب على الوديع أن يرد الوديعة عنها والملاحقات التي سلت إليه معها بالحالة التي تكون عليها » (انظر آنفاً فقرة ٣٦١ في الهامش) .

(٥) وتقول المذكرة الإيضاحية : « ويتربط على التزام الوديع بالرد بذل التزامه بحفظ الشيء أنه إذا ظهر وقت الرد أن الشيء أصابه تلف بسبب تقصير الوديع في المحافظة على الشيء ، كان مستولاً عن ذلك . أما إذا أصابه تلف أو هلاك دون تقصير من الوديع فلا مسئولية عليه في ذلك ، وتكون تبعة التلف أو الهلاك على المودع » (بمجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٥٥) .

أو التعيب كان بسبب أجنبي^(١) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك^(٢) . أما إذا كان الشيء قد ضاع ، فلأن الالتزام بالرد التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية ، بخلاف الالتزام بالحفظ فهو التزام ببذل عناية ، وقد قررنا ذلك في الإيجار وفي العارية ، فإن المودع عنده يكون مسئولاً عن الضياع إلا إذا أثبت السبب الأجنبي ، ولا يكفي أن يثبت أنه بذل العناية المطلوبة^(٣) .

٣٦٤ - الرد بمقابل - نص قانوني : وإذا تعذر على المودع عنده رد الشيء عينا ، فقد يحل محل الشيء مقابل له ، وعند ذلك يتعين على المودع عنده أن يرد هذا المقابل للمودع . مثل ذلك أن يكون الشيء المودع سندات فتسهلك (amortis) ويتقاضى المودع عنده قيمتها ، فعليه أن يرد هذه القيمة للمودع^(٤) . ومثل ذلك أيضاً أن يكون المودع عنده قد أمن على الشيء المودع من الحريق فاحترق ، وتقاضى مبلغ التأمين من الشركة ، فعليه أن يرد هذا المبلغ للمودع أو يحول له حقه قبل شركة التأمين^(٥) . ومثل ذلك أيضاً أن تستولى الإدارة على الشيء المودع للمصلحة العامة ويتقاضى المودع عنده التعويض ، فعليه أن يرد هذا التعويض للمودع^(٦) . ومثل ذلك أن يصدر تشريع بوجوب استبدال الأوراق المالية بالذهب ، فيضطر المودع عنده أن يسلم الذهب المودع ويأخذ بدلاً منه أوراقاً مالية ، فعليه أن يرد للمودع عنده هذه الأوراق المالية^(٧) . وإذا تعدى الغير على الشيء المودع فأتلفه ،

(١) پلانيول وديبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٥٧ .

(٣) انظر الوسيط ٦ فقرة ٤١٨ - فقرة ٤١٩ في الإيجار وفترة ٨٦٤ في العارية .
جويورد التفتين المذوق العراق حكماً خاصاً بالإثبات فيما إذا نقصت الوديعة الموضوعة في صندوق مطلق أو مطروف مختم ، وهو حكم مأخوذ من الفقه الإسلامي ، فنقول المادة ٢/٩٦١ من هذا التفتين : « إذا كانت الوديعة موضوعة في صندوق مطلق أو مطروف مختم وتسلمها الوديع دون أن يدرى ما فيها ، وإدعى صاحبها عند ردها إليه نقصان شيء منها ، فلا يجب على الوديع الإيعان إلا أن يدمى المودع عليه الخيانة » .

(٤) أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٥ - پلانيول وديبير وسافاتييه ١١

فقرة ١١٧٨ ص ٥١٧ .

(٥) وللمودع عنده أن يسترد من المودع في مقابل ذلك الانقضاء إلى دفعها لشركة التأمين .

وتعتبر مصروفات واجبة الرد (پلانيول وديبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٨ ص ٥١٧) .

(٦) بودري وقال في الوديعة فقرة ١١١٩ .

(٧) جيوار فقرة ٧٠ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١١١٩ .

واستحق المودع عنده تعويضاً بسبب هذا الإلتلاف ، كان عليه أن يرد التعويض ، أو أن ينزل عن دعوى التعويض للمودع^(١) . أما إذا أعدمت الإدارة الشيء دون تعويض تطبيقاً لقوانين الصحة العامة مثلاً^(٢) ، فإن هذا يعتبر هلاكاً بقوة قاهرة ، ولا يكون المودع عنده مسئولاً ، ومن ثم لا رجوع للمودع عليه^(٣) .

وقد يتصرف المودع عنده في الشيء أو يتلفه ، وقد قدمنا أنه يكون مسئولاً عن ذلك مدنياً وجنائياً^(٤) . ويقع أيضاً أن يموت المودع عنده ، ويعتقد وارثه بحسن نية أن الشيء المودع هو ملك لمورثه وبذلك يدخل في التركة .

(١) جيوأرقرة ٧٩ - بودى وقال في الوديمة فقرة ١١١٩ - أوبرى ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٩ - وقد تضمن المشروع التمهيد نصاً يورد المبدأ الذى تنطرح منه هذه الأحكام ، فنصت المادة ١/١٠٠٤ من هذا المشروع على أنه « إذا هلك الوديمة دون خطأ من الوديع ، وحصل الوديع بسبب ذلك على مبلغ من التقود أو على أى عوض آخر ، وجب عليه أن يؤدي ذلك إلى المودع ، وأن يحول إليه ما عسى أن يكون له من دعاوى قبل التبر بشأن الشيء الذى كان يجب رده » . وقد خلقت هذه الفقرة في لجنة المراجعة « لأنها مستفادة من القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التصديرية ص ٢٥٤ - ص ٢٥٦ - وانظر ما يلى نفس الفقرة في الماش) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « غير أنه إذا حصل الوديع في هذه الحالة الأخيرة من تسبب في التلف أو الهلاك على تعويض ، أو طغت له حق المطالبة بتعويض ، فإن العدالة تأبى أن يبرأ هو من التزامه بالرد وأن يحتفظ لنفسه بالتعويض أو بحق المطالبة بالتعويض . فنص في المادة ١/١٠٠٤ على أنه يجب عليه أن يؤدي إلى المودع ما قبض من تعويض ، أو أن يحول إليه ما عسى أن يكون له من دعاوى قبل التبر بشأن الشيء الذى كان يجب رده » (مجموعة الأعمال التصديرية ص ٢٥٥) .

وقد نصت المادة ٩٦٢ من التقنين الملقى العراقى في هذا المعنى على أنه : « إذا هلك الوديمة بدون تد أو تقصير من الوديع ، وحصل الوديع بسبب ذلك على مبلغ من التقود أو على أى عوض آخر ، وجب عليه أن يؤدي ذلك إلى المودع ، وأن يحول إليه ما عسى أن يكون له من دعاوى قبل التبر بشأن الوديمة » . وتقول المادة ٧١٥ من تقنين الموجبات والتقود البتالى : « إن الوديع الذى انتزعت الوديمة منه بقوة قاهرة ، وأخذ مبلغاً من المال أو شيئاً آخر بدلاً منها ، يلزمه رد ما أخذه » .

(٢) محمد على عرفه ص ٤٧٥ .

(٣) بل إنه يجوز للمودع عنده أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة الأمر بإعدام الشيء المودع إذا اقتضى ذلك المحافظة على الصحة العامة أو على الصالح العام (استئناف مخطئ ٥ يونيو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٢٤) .

(٤) انظر أنفاً فقرة ٣٥٩ .

فيتصرف فيه . وقد أورد التقنين المدني حكم هذه الحالة ، فنصت المادة ٧٢٣ منه على أنه « إذا باع وارث المودع عنده الشيء المودع وهو حسن النية ، فليس عليه للمالكه إلا رد ما قبضه من الثمن أو التنازل له عن حقوقه على المشتري . وأما إذا تصرف فيه تبرعاً ، فإنه يلتزم بقيمة وقت التبرع » (١) . ويجب هنا التمييز بين ما إذا كان الشيء المودع عقاراً أو منقولاً . فإن كان عقاراً ، وباعه الوارث ولو بحسن نية ، فإن ملكيته لا تنتقل إلى المشتري بالبيع لأن البيع قد صدر من غير مالك ، ولذلك يستطيع المودع وهو المالك الحقيقي أن يسترد العقار من تحت يد المشتري ، ولا حاجة لتطبيق المادة ٧٢٣ مدني . ولكن المشتري إذا كان حسن النية قد يملك العقار بالانقضاء القصير ، وعند

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠٠٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « ١ - إذا حلتك الوديعة دون خطأ من الوديع ، وحصل الوديع بسبب ذلك على مبلغ من النقود أو على أي عوض آخر ، وجب عليه أن يؤدي ذلك إلى المودع ، وأن يحول إليه ما حصل أن يكون له من دعاوى قبل التبرع بشأن الشيء الذي كان يجب رده . ٢ - ويسرى هذا الحكم أيضاً على وارث الوديع إذا باع وهو حسن النية شيئاً كان مجهول أنه وديعة . فإن كان الوارث قد تبرع بهذا الشيء ، فإنه يلتزم بقيمته . أما إذا كان المودع في استرداد الشيء ذاته مصلحة تفوق كثيراً مصلحة من آل إليه هذا الشيء ، جاز له أن يطالب برد الشيء على أن يرد الثمن والمصروفات » . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى لأنها مستفادة من القواعد العامة ، وحذفت الفقرة الثانية على الوجه الذي استقر عليه النص في التقنين المدني الجديد ، وصار رقم النص ٧٥٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٦) .

ويقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٦٠٣/٤٩٤ : من ينوب عن حافظة الوديعة إذا باعها مع عدم علمه بأنها وديعة ، فليس عليه للمالكه إلا رد ما قبضه من الثمن أو التنازل له عما له من الحقوق على المشتري ، وأما إذا كان ملكها لأحد مجازاً فعليه قيمتها بحسب التقييم . (وأحكام التقنين القديم تنفق مع أحكام التقنين الجديد) .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٨٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٢٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل - ولا مانع من تطبيق النص في العراق لأنه يتفق مع اتواء

العامة .

تقنين الموجبات والمقود البنيان لا مقابل - ولا مانع من تطبيق النص في لبنان لأنه يتفق مع

القواعد العامة .

ذلك ينطبق نص المادة ٧٢٣ مدني ، ويرجع المودع على الوارث بالتمن . ومن باب أولى يكون هذا هو الحكم إذا لم يكن المشتري حسن النية ولكنه تملك العقار بالتقادم الطويل ، ولم تسقط دعوى المودع قبل الوارث . أما إذا كان الشيء المودع منقولاً ، وكان المشتري حسن النية ، فإنه يملك المنقول بالحيازة ، فلا يستطيع المودع أن يسترده . ولا يبقى أمامه إلا أن يسترد ما يقابله ، وهو الثمن الذي قبضه الوارث أو الدعوى بالتمن إذا كان الوارث لم يقبض الثمن^(١) . فإذا كان الوارث ؛ بدلاً من أن يبيع الشيء المودع ، وهبه ، فالحال في هذه الحالة هو قيمة الشيء وقت التبرع . ولذلك قضت المادة ٧٢٣ مدني كما رأينا بأن المودع يرجع بهذه القيمة على الوارث^(٢) ، فقطعت بحكم مخالف ما ذهب إليه بعض الفقهاء الفرنسيين من أن الوارث لا يرد للمودع إلا مقداراً ما استفاد به من اهية ، فإذا ثبت أنه لو لم يكن الشيء المودع في يده كان يهب غيره من ماله الخاص كما يقع عادة في مهر الأولاد أو في هدايا الخطبة رجع عليه المودع بقيمة ما كان يهبه من ماله الخاص^(٣) .

(١) ويجب أن يحول الوارث حقه بالتمن في ذمة المشتري إلى المودع حراً حق ، ولا يجوز للمودع أن يرجع مباشرة على المشتري قبل أن تتم هذه الحوالة (لوران ٢٧ فقرة ١٠٩ - بودوي وقال في الوديعة فقرة ١١٢١) - وإذا كان الوارث يهب النية ويبيع لمشتريه النية ، كان للمودع أن يسترد الشيء من المشتري وأن يرجع بالتصويض على كل من الوارث والمشتري لسوء نيتهما . أما إذا باع الوارث يهب النية لمشتري حسن النية ، فإن المودع لا يستطيع الاسترداد من المشتري ، ولكنه يرجع على الوارث بتصويض كامل ولا يقتصر على استرداد الثمن . بل أن يبيع الوارث حسن النية لمشتريه النية ، وهذا نادر ، ويجوز في هذه الحالة للمودع أن يسترد الشيء من من المشتري يهب النية مع التصويض إن كان له يفتض .

وإذا استهلك الوارث الشيء ، رد إلى المودع قيمته وقت الاستهلاك ، ولو كان حسن النية ، وذلك ما لم تنزل هذه القيمة وقت الرد فلا يرد إلا هذه القيمة المخفضة (جيوار فقرة ٧٢ - بون ١ فقرة ٤٨٤ - بودوي وقال في الوديعة فقرة ١١٢٢ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٥٤ - محمد علي مرقه ص ٤٧٧) .

(٢) أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٣ ؛ ص ١٧٤ وهامش ٦ .

(٣) جيوار فقرة ٧٢ - بودوي وقال في الوديعة فقرة ١١٢٣ - فقرة ١١٢٤ - وترب بلانيل وريير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٨ ص ١٧ - وقد كان المشروع التمييز للمادة ٧٢٣ يتضمن في آخر النص العبارة الآتية : « أما إذا كان المودع في استرداد الشيء ذاته مصلحة تفوق كثيراً مصلحة من آل إليه هذا الشيء ، جاز له أن يطالب برد الشيء على أن يرد الثمن والمصروفات » . وقد حذفت هذه العبارة في لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التفسيرية ص ١٠٠

٣٦٥ - رد الثمار : ويلزم المودع عنده أيضاً برد الثمار التي يتسببها الشيء المودع^(١) . والأصل هو أن يرد هذه الثمار عينا مع الشيء المودع ذاته . فإذا كان هذا الشيء أسهما أو سندات واستحققت أرباحاً ، وجب على المودع عنده أن يرد الأسهم أو السندات وأرباحها معها . وإذا كسب سهم أو سند جائزة ، وجب رد هذه الجائزة مع السهم أو السند^(٢) . وإذا كان

= ص ٢٥٤ ، وص ٢٥٦ - وانظر أيضاً نفس الفقرة في الهامش) . ولما كان هذا النص يتعارض مع القواعد العامة ، لأنه يجعل الشيء المودع في حكم الشيء المروق الذي يبيع في سوق عام ، فيسرده صاحبه بعد رد الثمن والمصروفات ، ولا محل لقياس هذه الحالة على حالة الشيء المروق ، لذلك لا يسرى هذا الحكم بعد حذف النص . ويتعين تطبيق القواعد العامة ، وهي تقتضي بأن يبقى الشيء مملوكاً المشتري أو الموهوب له ، ولا يجوز للمودع أن يرجع إلا بالثمن أو القيمة على الوارث .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في صدد المادة ٢/١٠٠٤ من المشروع (وهي التي تقابل م ٧٢٣ منى) : « وهناك حالة نص عليها التقنين الحالي (القديم) في المادة ٦٠٣/٤٩٤ تنبئ في حكمها ما يترتب على هلاك الشيء تحت يد الودين بدون تصدير منه ، وهي حالة وارث الودين الذي لا يعلم أن الشيء وديعة ، فيعتقد أنه مملوك لمورثه ، ويتصرف فيه بحسن نية إلى آخر . فنص عليها المشروع في المادة ٢/١٠٠٤ ، وفرق بين ما إذا كان تصرف الوارث معارضة أو تبرعاً . في الحالة الأولى أجرى عليها حكم الفقرة الأولى من المادة ١٠٠٤ ، أى أنه ألزمه بأن يرضى إلى المودع ما يكون قد قبضه ثمناً للشيء المودع ، أو أن يحول إليه ما صرى أن يكون له من حقوق بشأن ذلك الشيء قبل المتصرف إليه . أما في الحالة الثانية حيث يكون الوارث حسن النية قد تصرف بغير مقابل ، فلم يقبض شيئاً حتى يؤديه إلى المودع ، ولم يثبت له حق قبل التبرع حتى يحوله إلى المودع ، لذلك قارن المشروع بين كل من المودع والوارث والمتبرع إليه (حيث يجوز لهذا أن يتسلك بكسب الملكية) ، فوجد أن أولاهم بالرعاية المتبرع إليه ، ثم المودع ، وأظهروا استحقاقاً للرعاية الوارث فالزمه بأن يرد إلى المودع قيمة الشيء . » (مجموعة الأحكام ص ٢٥٥ - ص ٢٥٦) .

(١) أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٥ - محمد حل مرقه ص ٤٧٢ - محمد كامل مرسى فقرة ٣١٧ . وقد رأينا أن المشروع التمهيدى المادة ٧٢٢ منى كان يجرى في فقرته الأولى على الوجه الآتي : « على الودين ، متى أثبتت الوديعة ، أن يرد إلى المودع أولاً من يملكه الشيء المودع وما يكون قد قبضه من ثماره » (انظر أيضاً فقرة ٣٦١) . وتنص المادة ٦٠٣/٤٩٣ (وتضيف المادة ٦٠٢ منى مخطط : عند وجوب الرد أو من وقت استعمال الوديعة لمنفعة لنفسه) .

(٢) أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٥ - فلانيسول وديير وسالتيه ١١

لمودع الأسهم حق الاكتتاب في أسهم أخرى كما يقع في بعض الأحوال ، وجب على المودع عنده أن يحافظ على هذا الحق فلا يضيعه بل يتلقى تعليمات المودع في شأنه . فإذا لم يتلق منه تعليمات وجب عليه أن يبيع هذا الحق للغير ويرد ثمنه للمودع ، وبهذا يكون قد حافظ على الحق ورد مقابله ، إذ هو لا يستطيع أن يكتب في أسهم أخرى باسم المودع إذا لم يحصل على تركيل منه في ذلك^(١) . وإذا كان الشيء المودع حيواناً له نتاج أو أرضاً تنتج محصولاً ، وجب عليه أن يرد التناج أو المحصول ، وإذا خشي على شيء منها التلف جاز له يبعه ورد ثمنه إلى المودع^(٢) .

وسرى أن ودية النقود ، ، وهي الوديعة الناقصة ، تعتبر قرضاً ، ومن ثم يجوز الاتفاق على أن يتقاضى المودع فائدة على هذا القرض ، وتكون هذه الفائدة بمثابة ثمار الشيء المودع^(٣) .

(١) Légal في إيداع الأوراق المالية في البنك - بلانيول وريبير وسالفانيه ١١ فقرة ١١٧٨ - السنين ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ سيرييه ١٩٢٥ - ٢ - ٥٧ - يوانتيه ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٨ فالوز ١٩٤٨ - ٣٥٣ .

(٢) بلانيول وريبير وسالفانيه ١١ فقرة ١١٧٨ ص ١٦٧ - هذا وتضمن المادة ٧١٢ من تقنين المرجبات والنقود البناني على أنه (يجب على الوديع أن يرد مع الوديعة ما جناه من متجانيها الطبيعية والمدنية) .

(٣) وقد تكون ودية النقود ودية كاملة ترد فيها النقود وبلانيها كما سبق القول (انظر ألفاً فقرة ٣٦٣) ، وفي هذه الحالة لا يتقاضى المودع فوائد عنها . ولكن إذا تأخر المودع عنده في ردها ، جاز للمودع ، أن يطالب بتسويض عن هذا التأخر بعد إخطار المودع عنه . ويجوز أن يكون هذا التسويض هو الفوائد القانونية للنقود من وقت الإخطار . ولا يمان هنا إن فوائد النقود لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية ، فإن ذلك إنما يكون إذا كانت النقود ديناً في اللغة ، أما إذا كانت مودعة على أن ترد بذاتها فلها تسريعاً معينة ، فلا يشترط المطالبة بالتسويض إلا الإخطار كما في سائر الأعيان (برودي وفال في الوديعة فقرة ١١٠٣ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٥ - محمد علي عرفة ص ٤٧٣ - وانظر م ١٩٣٦ مدني فرنسي) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « وبما أن الوديع ليس له استعمال الشيء ولا استغلاله ، فإن الشيء إذا كان ما ينتج ثماراً وقبضها الوديع ، وجب عليه ردها إلى المودع . فإن لم يقبض ثماراً لا يجب عليه شيء . فإذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود ، فلا يجب عليه فوائده إلا من وقت إخطاره بردها : م ١٩٣٦ فرنسي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٥٥ - وانظر م ١٩٣٦/٦٠٢ مدني قديم ألفاً نفس الفقرة في الماشي) .

أما إذا كانت ودية النقود ودية ناقصة ، أي قرضاً ، فلها تصبغ ديناً فالتمه وولادة على المودع فوائده عنها إلا بموجب اتفاق أو من وقت المطالبة القضائية بهذه الفوائد (محمد علي عرفة ص ٤٧٢ - ص ٤٧٣) .

§ ٢ - لمن يكون الرد ومتى أين يكون

٣٦٦ - لمن يكونه الرد : والرد يكون للمودع نفسه^(١) ، لأنه هو الذى تعاقده مع المودع عنده فهو الدائن بالرد . ولا يطالب المودع بإثبات أنه مالك للشيء . المودع^(٢) إلا إذا كان يرفع دعوى الاستحقاق باعتباره مالكا ، أما إذا طالب برد الشيء باعتباره مودعا أى بالدعوى الشخصية التى تنشأ من عقد الوديعة ، فيكفى أن يثبت هذا العقد^(٣) . ولا يجوز فى الأصل الرد - لغز المودع ، فلو تقدم شخص لتسلم الوديعة وزور إمضاء المودع فى إيصال تسلمها لم يكن هذا الرد مبرئاً للذمة المودع عنده^(٤) ، بل يجب عليه أن يسترد الوديعة من تسلمها

(١) وقد يغيب المودع ويعتبر مفقوداً ، وتقول المادة ٩٦٥ على عرق فى هذا الصدد : « إذا كان المودع غائباً غيبة منتظمة ، فعلى الوديع حفظ الوديعة إلى أن يعلم موته أو حياته . فإن كانت الوديعة ١٠ تلتف بالكش ، فلو ديع يبعها بإذن المحكمة وحفظ ثمنها عنده أمانة ، وذلك مع مراعاة القوانين الأخرى » .

(٢) انظر م ١/١٩٣٨ على فرنسى .

(٣) أوبرى ورو وإسان ٦ بقرة ٤٠٣ ص ١٧٧ - مونيهيه ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٨ جازيت دي باليه ١٩٣٩ - ١ - ٦٧ . وتقول المادة ٧٠٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني فى هذا الصدد : « يجب على الوديع أن يسلم الوديعة إلى المودع أو إلى الذى أودعت باسمه أو إلى الشخص المدين لاستلامها . ولا يمكنه أن يوجب على المودع إثبات ملكيته للوديعة - ويحق للشخص المدين لاستلام الوديعة أن يقيم الدعوى مباشرة على الوديع لإجباره على رد الوديعة إليه » . ومع ذلك إذا لم يكن المودع مالكا ، وأعطى المالك المودع عنده ألا يسلم الوديعة للمودع ، فعلى المودع عنده أن يمتنع عن تسليم الوديعة لهذا الأخير ، ولكن لا يجوز له تسليمها لملك إلا براضا المودع أو بموجب حكم قضائى . وعليه أن يودعها على ذمة من له الحق فيها (نقض فرنسى ٣١ يولييه سنة ١٨٥٥ دالوز ٥٥ - ١ - ٢٧٨ - ٦ مارس سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٦ - ١ - ١٢١ - ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ١ - ٤١٣ - بودرى وقال فى الوديعة بقرة ١١٣٦ وبقرة ١١٥٥ وما بعدها - بلانيول وريبير وسالفاتيه ١٢ بقرة ١١٧٩ ص ٥١٩ - وانظر م ١٩٤٤ على فرنسى) . « وتقتضى المادة ٢/١٩٣٨ على فرنسى بأن المودع عنده إذا علم أن الشيء المودع مسروق يجب عليه أن يضطر المالك وأن يحدد له ميعادا محقولا يطالب فيه بملكه ، فإذا لم يفعل كان المودع عنده أن يرد الشيء للمودع . ولا يوجد مقابل لهذا النص فى التقنين اللبنانى المصرى ، فلا يجوز للمودع عنده أن يسلم الشيء المسروق للمودع ، وعليه أن يودعه على ذمة من له الحق فيه . أما إذا تلقى المودع عنده الوديعة من السارق نفسه ، وعلم بذلك ، فذلك يجب عليه أن يرد المسروق إلى صاحبه وإلا كان مرتكباً بجرمة إخفاء أشياء مسروقة (بلانيول وريبير وسالفاتيه ١١ بقرة ١١٧٩ ص ٥١٩ - محمد على حرقة ص ٤٨٣ - ٤٨٤ - وقارون محمد كامل مرسى بقرة ٣١٩) . وانظر فى شرح المادة ٢/١٩٣٨ على فرنسى : بودرى وقال فى الوديعة بقرة ١١٣١ - بقرة ١١٢٥ . (٤) استئناف غنطل ٢١ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٠ - بودرى وقال فى الوديعة بقرة ١١٢٦ .

ويردها للمودع ، وإذا تعلق ذلك وجب عليه التعويض^(١) . ويقع في كثير من الأحيان أن يكون شخص المودع غير معروف للمودع عنده ، كما في الأشياء التي تودع في المطاعم والمسارح والملاهي والمجلات العامة ، فإن المودع يتلقى عادة تذكرة مرقومة (ticket) يسترد بها الشيء المودع . وتعتبر هذه التذكرة في الودائع المألوقة ، كالمعطف والعصا والمظلة ، سنداً لحامله . فمن يتقدم بها يتسلم الشيء المودع ، ولا مسئولية على المودع عنده إذا حل هذه التذكرة غير المودع وتسلم بموجبها الشيء المودع . أما في الأشياء الثمينة ، كالجوهرات والمصاغ والنقود ، فإنه يجب على المودع عنده قدر معين من الحيلة ، فيتحرى قبل أن يسلم الوديعة لمن يتقدم بالتذكرة أنه هو صاحبها^(٢) . وقد يكون من تعاقده مع المودع عنده هو نائب المودع لا المودع نفسه ، كالوكيل والولي والوصي والقيم ، فإذا كان المودع عند رد الوديعة قد استكمل أهليته ، بأن بلغ القاصر أو فك الحجر عن المحجور ، أو كان المودع كامل الأهلية منذ البداية وناب عنه وكيل في الإيداع ، فإن الرد لا يجوز إلا للمودع نفسه دون الوكيل أو الولي أو الوصي أو القيم^(٣) . أما إذا كان المودع لا يزال تحت الولاية أو كان وكيله موكلًا أيضاً فاسترداد الوديعة ، فإن الرد يكون للوكيل أو الولي أو الوصي أو القيم^(٤) . ويجب على المودع عنده أن يثبت:

(١) فإذا قدم الشخص مع الإيصال لزور إيصال تسليم الوديعة ، وكان تحرب هذا الإيصال إلى يده خطأ من المودع ، كان رد الوديعة إليه صحيحاً مبرراً للتمنع (استئناف مخطوط ٢١ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٠) .

(٢) السين ١٨ أكتوبر سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٤ - ٢ - ١٣٩ - ٢٥ مارس سنة ١٩٥٣ - جازيت دى پاليه ١٩٥٣ - ٢ - ٦١ - پلائبول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٩ - محمد على مرقه ص ٤٧٨ - ص ٤٧٩ .

(٣) وتقول المادة ٧٠٩ من تقنين الموجبات والشقوق البناني في هذا الصدد : « إذا قام بالإيداع وصى أولي بصفة كونه وصياً أو ولياً ولم يبق له هذه الصفة في وقت الاسترداد ، فلا يجوز أن ترد الوديعة إلا إلى الشخص الذي كان المودع يخطئه إذا كان هذا الشخص أهلاً للاستلام ، أو إلى الشخص الذي خلف الوصي أو الولي » . وانظر م ١٩٤١ ملف فرنسي - وانظر بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١٢٩ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٧ .

(٤) وحل المودع عنده أن يستوثق من أهلية من يرد له الوديعة (نقض فرنسي . ٥ يونيو سنة ١٩٤٥ - جازيت دى پاليه ١٩٤٥ - ٢ - ٦٣ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٧ - پلائبول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٩ - ١٩٥٣) . ويكون الرد للوصي أو -

من صفة من يرد له الوديعة من هؤلاء ، فإذا تعلق عليه ذلك وجب عليه أن يودع الوديعة خزانة المحكمة^(١) .

وقد يكون المودع وقت الرد قد مات ، فيكون الرد لوارثه . وإذا تعدد الورثة ، أو تعدد الدعاة من الأصل ، فإن الرد يكون لكل منهم بمقدار نصيبه إذا كان الشيء المودع قابلاً للتجزئة . فإذا لم يقبل التجزئة ، وجب على الورثة أو الدعاة أن يتفقوا فيما بينهم ليتسلموا الوديعة جميعاً أو ليتسلمها واحد منهم يعينونه^(٢) . فإذا لم يتفقوا ، جاز للمودع عنده أن يودعها على ذمتهم وفقاً لأحكام الإيداع^(٣) . ويجوز رد الوديعة للوارث الظاهر ، مادام المودع

« القيم ، إذا كان المودع أملاً وقت تسليم الوديعة ثم أصبح غير أهل عند الرد . وتقول المادة ٧٠٦ من تقنين الموجبات والمقود البتاني في هذا الصدد : « إذا كان المودع شخصاً غير متمتع بالأهلية أو شخصاً أعلن القضاء عدم ملأته ، فلا يجوز رد الوديعة إلا لمن يملكه على وجه قانوني ، وإن يكن فقدان الأهلية أو فقدان الملأة قد حدث بعد الإيداع » . انظر م ١٩٤٠ ملق فرنسي ، وانظر بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٢٨ .

(١) استئناف مخطط ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٠٠ - فإذا ثبتت المودع عنده من صفة الوصي جاز أن يرد له الوديعة ، ولو ثبت بعد ذلك أن هناك وصية من المودع تقضي ببقاء الوديعة في يد المودع عنده وتسليمها للوارث عند بلوغه من الرشد ، مادام المودع عنده لا علم له بهذه الوصية (استئناف مخطط ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٨) .

(٢) بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٢٧ وقرة ١١٤٢ - بلانيول وديبير وسافاتييه فقرة ١١٨٠ ص ٥٢١ - وانظر م ١٩٢٩ ملق فرنسي .

(٣) وتقول المادة ٧٠٧ من تقنين الموجبات والمقود البتاني في هذا الصدد : « إذا توفي المودع ، فلا يجوز الوديع أن يرد الوديعة إلى غير وارثه أو من يملكه على وجه قانوني - وإذا وجه عدة ورثة ، جاز الوديع أن يختار أحد وجهين : فلما أن يمرض التقضية على القاضي ثم يعمل بمقتضى قراره يرفع التبعة من عاتقه ، وإما أن يرد إلى كل من الورثة ما يبادل نصيبه وفي هذه الحالة يبق مسئولاً - وإذا كانت الوديعة غير قابلة للتجزئة ، وجب على الورثة أن يتفقوا ليتسلموها من استلامها - وإذا وجد بينهم قصر أو غائبون ، فلا يمكن رد الوديعة إلا بإذن من القاضي - وإذا لم يتفق الورثة أو لم يحصلوا على هذا الإذن ، فالوديع تبرأ ذمته بإيداع الوديعة وفقاً لأحكام الإيداع ، إما من تلقاء نفسه وإما بموجب حكم من القاضي يصدره بناء على طلب أي كان من ذوي الشأن - أما إذا كانت التركة فرقة ، أو كان هناك أشخاص موسى لهم ، فيجب على الوديع في كل حال أن يرفع الأمر إلى القاضي » . وتقول المادة ٧٠٨ : « إن أحكام المادة السابقة تطبق أيضاً على الحالة التي يكون فيها عقد الإيداع صادراً من قبل عدة أشخاص معاً ، ما لم يكن هناك اتفاق صريح على أن الوديعة يمكن ردّها إلى أحدهم أو إلى الجميع » . وتنص المادة ٩٦٣ ملق عراق على أنه « إذا أودع اثنان مالا مشتركاً لها عند شخص ، ثم طلب أحدهما رد حصته » .

عنده حسن النية ويعتقد أن من تسلم الوديعة هو الوارث الحقيقي ، ويكون الرد مبرراً لذمته ، ثم يرجع الوارث الحقيقي على الوارث الظاهر الذي تسلم الوديعة^(١) .

وقد يكون المودع عين شخصاً تسلم الوديعة . فإذا كانت الوديعة لصالح هذا الشخص ، وجب أن يكون الرد له دون المودع ، أو بترخيص منه^(٢) . أما إذا كانت الوديعة لصالح المودع نفسه ، فيحمل تبين هذا الشخص على أنه وكيل عن المودع ، فيجوز رد الوديعة إليه كما يجوز ردها للمودع نفسه . ويجوز للمودع في هذه الحالة عزل الوكيل وإعلان المودع عنده بهذا العزل ، وعندئذ لا يجوز لهذا الأخير أن يرد الوديعة إلا للمودع ، ولا يصح ردها للوكيل المزعول^(٣) . وإذا مات المودع انزل الوكيل بموته ، فإذا علم المودع عنده بموت المودع ، وجب عليه رد الوديعة إلى ورثة المودع لا إلى الوكيل الذي انزل بموت الموكل^(٤) . ومع ذلك ترد الوديعة ، حتى بعد موت المودع ، لا إلى ورثته ، بل إلى الشخص الذي يحمل التذكرة المرقومة (ticket) التي تحول الحق في تسلم الوديعة ، أو إلى الشخص الذي يحمل إيصال الشحن أو التخزين (réceptissé) في المخازن العامة ، إذ أن كلا من التذكرة

= من الوديعة ، فإن كانت من المثليات كان على الوديع الرد ولو كان شريكه غائباً ، وإن كانت من القسيات فليس له الرد إلا برضاء الشريك الآخر . وتنص المادة ٩٦٤ من نفس التقنين على أنه « إذا أودع اثنان شيئاً متنازعا فيه عند أحد ، فليس له رده لأحدهما دون إذن الآخر أو قرار المحكمة » (وهذه هي الحراسة الانفاقية) .

(١) پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢٠ - روان ٢٦ يناير سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ٢ - ٢٥١ - على أن الوارث يعمل بعبء إثبات حقه في الوراثة (نقص فرنسي ١١ يولي سنة ١٨٦٠ دالوز ٦٠ - ١ - ٣٠٥) .

(٢) أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٦ - وتقول المادة ٧٠٢/٢ من تقنين الموجبات والتعهد البناني في هذا الصدد : « وإذا كان الإيداع لشخص ثالث ، فيجب عليه ألا يرد الوديعة إلا بترخيص منه » .

(٣) بودري وفال في الوديعة فقرة ١١٤٠ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٦ - پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢١ وهامش ٧ .

(٤) نقص فرنسي ١٦ فبراير سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٢٢٣ - ميك ١١ فقرة ٢٤٤ - جيوار فقرة ٨٧ - يون ١ فقرة ٤٨٠ - بودري وفال في الوديعة فقرة ١١٤٣ - محمد علي حرقس ٤٨٦ - وانظر م ٢٠٠٣ ملف فرنسي .

وإبصال الشحن أو التخزين يعتبر سنداً لحامله^(١) . وقد يتفق المودع مع المودع عنده على أن يرد الوديعة بعد موته إلى الشخص الذى عينه . فيكون الرد فى هذه الحالة بعد موت المودع ، لا لوارثه بل للشخص الذى عينه ، إذا تبين أن المودع لم يكن إلا وكيلًا فى الإيداع عن هذا الشخص أو فصوليا نائب عنه فى الإيداع دون توكيل^(٢) . وكذلك يكون الرد للشخص المعين لا للوارث ، إذا تبين أن الوديعة على هذا النحو تخفى وصية مستترة وكانت الوصية جائزة^(٣) . ويكون الرد كذلك للشخص المعين لا للوارث ، إذا كان الشيء المودع سنداً لحامله الطيعى هو هذا الشخص^(٤) ، أو إذا كان الإيداع والرد على هذا النحو قد حصل بناء على اتفاق بين المودع وشخص ثالث لمصلحة الطرفين^(٥) . أما إذا كان الاتفاق يخفى وصية غير جائزة أو تصرفاً غير مشروع ، فإن الرد يكون للوارث لا للشخص المعين^(٦) ، وإذا شك المودع عنده فى الأمر فما عليه إلا أن يودع الشيء على ذمة من له الحق فيه^(٧) .

(١) پلانيول وديبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢٢ - ولا يعتبر هذا السند لحامله توكيلاً وإلا انزل حامل السند بالنزل أو بموت الموكل ، ووجب رد الوديعة إلى الموكل نفسه أولاً ورثته . والصحيح أن حامل السند هو الأصل لا الوكيل ، فلا يجوز رد الوديعة إلا إليه هو (بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١١٤١) .
(٢) نقض فرنسى أول أبريل سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٦ - ١ - ٥٨١ - پلانيول وديبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢١ .

(٣) نقض فرنسى ٢٨ يولييه سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٤٤ - پلانيول وديبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢١ - كولان وكليبتان ودى لامورانددير ٢ فقرة ١٢٤١ ص ٨١٠ .
(٤) جرينويل ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٨ دالوز ١٩٠٠ - ٢ - ١٩ .
(٥) كما إذا كان المودع مديناً راعياً رهن حيازة ، واتفق مع الدائن المرتهن على إيداع العين المرهونة عند المودع عنده على أن ترد إلى الدائن المرتهن إذا مات الرهن قبل فك الرهن (پلانيول وديبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢٢ حاشى ١) .

(٦) نقض فرنسى ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤ - ١ - ٤٣٠ - ١٦ أبريل سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٢٢٢ - أوبرى ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٦ حاشى ١٣ - پلانيول وديبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢١ - پلانيول وديبير بولانجيه ٢ فقرة ٢٨٦٧ - كولان وكليبتان ودى لامورانددير ٢ فقرة ١٢٤١ - وتارن بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١١٤٤ .

(٧) وقد يتصرف المودع فى الوديعة كشيء ألويعوب له، وعندها يكون الرد المتصرف -

٣٦٧ - متى يكون الرد : يكون الرد ، كما تقول المادة ٧٢٢ متى فيها رأينا ، بمجرد أن يطلب المودع ذلك إلا إذا ظهر أن الأجل عن لمصلحة المودع عنده ، وعمره أن يطلب المودع عنده من المودع أن يتسلم الشيء إلا إذا ظهر أن الأجل عن لمصلحة المودع . والأولى أن يقال إن الرد يكون عند انتهاء الوديعة ، ونبحث عند الكلام في أسباب الوديعة متى تنهى الوديعة قبل انقضاء الأجل .

ومع ذلك يجوز للمودع عنده أن يمتنع عن رد الوديعة حتى بعد انتهاء العقد ، إذا كان له حق حبسها . ويثبت له هذا الحق إذا كان له في ذمة المودع دين بموجب عقد الوديعة ، كأن أنفق مصروفات على الشيء المودع أو أصيب بضرر بسبب الوديعة وأصبح له الحق في الرجوع بالتعويض أو كان له أجر في ذمة المودع ، فإن له أن يحبس الوديعة حتى يسرد المصروفات أو يتقاضى

١- لأن الحق في الرد انتقل إليه بالتصرف باعتباره من ممتلكات الشيء المبيع أو الموهوب (الإسكندرية الوطنية ١٤ يناير سنة ١٩٣٨ الهامة ١٩ رقم ١٧٥ ص ٣٩٥ - نقض فرنسي ٢٧ يولييه سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ١ - ١٨٧ - كولان وكايتان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ١٢٤١ ص ٨١٠ - محمد علي عرفة ص ٤٨٧ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٢٠) . ولا تسرى إجراءات حوالة الحق ، لأن الوديعة ليست ديناً في الذمة ، بل هي دين بعين معينة بالذات . وقد نقضت محكمة مصر الوطنية بأنه متى كان المال موجوداً تحت يد زيد بصفة وديعة ، فيجب عليه دفعه لصاحبه أو لمن تنازل له عنه ، ولا يشترط لصحة هذا التنازل رضا المودع عنده لأن هذا الشرط يلزم فقط في حالة كون الموجود المال بيده مديناً لا أميناً (مصر الوطنية ٢٥ يولييه سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ٢٩٣) . وقضى في نفس المعنى بأن المودع الحق المطلق في التصرف في الوديعة ، ولا يشترط قانوناً لصحة هذا التصرف رضا المودع عنده به ، لأن أحكام الحوالة لا تنطبق على عقد الوديعة - وتتفق مع طبيعتها . فلمودع أن يعين شخصاً لتسلم الوديعة أو أن يبيعها أو أن يتنازل عنها الغير ، ويكون لهذا الغير حق تسلمها دون سواء . ولا يصح الاحتجاج عليه بعدم قبول المودع عنده بهذا التصرف لأنه ليس مديناً بالمعنى الصحيح ، وسيان عنده بقيت الوديعة في ملك المودع أو تصرف فيها الغير ، لأنه ملزم قانوناً بردها بمجرد طلبها ، ولا يغير مركزه إذا كان المطالب بها المودع أو أي شخص آخر (الإسكندرية الوطنية ٢٤ يناير سنة ١٩٣٨ الهامة ١٩ رقم ١٧٥ ص ٣٩٦) . وكما يكون الرد للمودع ، كذلك يجب على هذا أن يطلب الرد من المودع عنده لا من شخص آخر ، فالرأى عليه المزداد إذا كان قد أودع الثمن خزانة المحكمة ، ثم أبطل المزداد لعبق الإجراءات ، يجب أن يطلب رد الثمن من خزانة المحكمة وهي المودع عندها ، لا من الدائن التي باشر الإجراءات بمعنى أن على هذا الأخير أن يقوم هو باسترداد الثمن من خزانة المحكمة (استئناف مخطط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١١٠) .

التعويض أو يستوفى الأجر^(١). وذلك كله وفقاً للقواعد العامة في حق الحبس، وكذلك وفقاً لقاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد إذ الوديعة تصبح في هذه الحالة عقداً ملزماً للجانبين تسرى عليها هذه القاعدة^(٢).

كذلك يتمتع المودع عنده عن رد الوديعة للمودع حتى بعد انتهاء العقد، إذا حجز تحت يده على الوديعة دائن للمودع حجزاً تحفظياً^(٣). ولا يقتضي الحجز التحفظي سنداً تنفيذياً، بخلاف الحجز التنفيذي فيقتضي هذا السند^(٤). كذلك يتمتع المودع عنده عن رد الوديعة إذا رفعت عليه دعوى بالاستحقاق، أو أخطئه شخص أنه هو المالك للوديعة وطلب إليه ألا يسلمها للمودع^(٥). ولكن لا يجوز للمودع عنده أن يتمتع عن رد الوديعة عند انتهاء العقد، تمسكاً منه بمقاصة بين دين الوديعة ودين له في ذمة المودع، فإن المقاصة لا تجوز في هذه الحالة. وقد استتنت المادة ٣٦٤ مدني من المقاصة في الديون حادثة ما إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معارفاً عارية استئجار وكان مطلوباً رده^(٦).

(١) أما إذا كان حق المودع عنده في ذمة المودع لا شأن له بالوديعة، فلا يكون المودع عنده حق الحبس (استئناف مخطوط ٢٦ يولي سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣٩٢).

(٢) انظر م ١٩٤٨ مدني فرنسي - وانظر بودري ولال في الوديعة فقرة ١١٧٥ وما بعدها.

(٣) محمد علي عرقه ص ٤٩٠.

(٤) بلانويول وريبير وسالفانيه ١١ فقرة ١١٨٢.

(٥) وقد رأينا أن المشروع أتهى للتفتيش الذي كان يتضمن نصاً في هذا المعنى هو تطبيق القواعد العامة، وكان يجري على الوجه الآتي: «إذا حجزت الوديعة تحت يد المودع، أوفرت عليه دعوى باستحقاقها، وجب عليه أن ينظر المودع بذلك فوراً، وجاز له أن يحصل على ترخيص في إيداعها على ذمة من يثبت له الحق فيها» (انظر آنفاً فقرة ٣٥٦). وتقول المادة ٧١٠ من تفتيش الموجبات والنفود اللباني في هذا الصدد: «يجب على المودع أن يرد الوديعة إلى المودع وإن يكن هناك شخص آخر يدعي لنفسه، ما لم تعجز أو تقم في شأنها دعوى الاستحقاق لدى القضاء. فستدفع يجب على المودع أن يجبر المودع بلا إبطاء عن الحجز أو دعوى الاستحقاق، ويصبح المودع بمنزلة من الدعوى منذ الساعة التي يثبت فيها أنه ودع لاخير. وإذا طالت مدة النزاع إلى ما بعد التاريخ المين لرد الوديعة، فللمودع أن يستصدر إذنًا في إيداعها لحساب صاحب الحق». انظر أيضاً م ١٩٤٤ مدني فرنسي - وانظر بودري ولال في الوديعة فقرة ١١٣٨. وقد يحصل الاعتراض من أقارب المودع إذا تقسموا بطلب الحجز عليه (بودري ولال في الوديعة فقرة ١١٣٨ ص ٦١١ حاشي ٣ - محمد علي عرقه ص ٤٩٠).

(٦) فالمقاصة لا تكون إلا بين المتليات، والله المودع يتجر شيئاً حيناً بالذات أو ثمنه.

٣٦٨ - أبو بكره الرد ومصروفاته : رأينا أن المشروع التمهيدى للمادة ٧٢٢ مدنى كان يجرى فى الفقرة الثانية على الوجه الآتى : « ويرد (الوديعة) الشيء فى المكان الذى يجب فيه حفظه ، وتكون مصروفات الرد على المودع . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة^(١) . والقواعد العامة تقضى بنفس هذه الأحكام .

أما فيما يتعلق بمكان الرد ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٤٧ مدنى على أنه « إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » . فإذا كان المتعاقدان اتفقا على مكان الرد ، كان هو المكان الواجب الرد فيه . فإن لم يكن هناك اتفاق ، فإن محل الوديعة ، وهو شيء معين بالذات يرد بعينه ، يجب رده فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت إبرام الوديعة^(٢) . أما إذا كانت الوديعة ناقصة ، فإنها تكون ديناً فى اللعة إذ يجب رد مثلها لا عينها ، ومن ثم يكون الرد فى المكان الذى يوجد فيه موطن المودع عنده وقت الوفاء أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله إذا كانت الوديعة متعلقة بهذه الأعمال (م ٢/٣٤٧ مدنى) .

أما فيما يتعلق بمصروفات الرد ، فقد كانت القواعد العامة تقضى بأن تكون نفقات الوفاء على المدين (م ٣٤٨ مدنى) ، ومن ثم تكون مصروفات

= عليه المودع عنده ، حتى لو كان من المظليات (استئناف مخطط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩٠ ص ٣٠٢ - المنصورة الكلية الوطنية ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ الهامة ١٩ رقم ٥٤٠ ص ١٤٤٨ - بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١١١٧ - محمد على عرفة ص ٤٩٢) . ولذلك تجوز المقاصة فى الوديعة الناقصة ، لأنها تكون فى المظليات وتعتبر قرصاً (جيوار فقرة ٢٢ - بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١١١٧) . ومع ذلك انظر فى عدم جواز المقاصة فى الوديعة الناقصة : استئناف مخطط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩٠ ص ٣٠٢ .

(١) انظر أيضاً فقرة ٣٦١ فى المتن والخامس .

(٢) محمد على عرفة ص ٤٨٩ - وانظر فى القانون الفرنسى المادتين ١٩٤٢ - ١٩٤٣ مدنى فرنسى - هيك ١١ فقرة ٢٥٠ - جيوار فقرة ١٠٢ - بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١١٥٩ و فقرة ١١٦٠ - بلاتينول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨١ . وتنص المادة ٧٠٤ من تشريع الموجبات والمقرود البتأن على أنه « يجب رد الوديعة فى مكان إيداعها ، ما لم يكن ثمة نص مخالف . وإذا كان من المتفق عليه أن ترد فى مكان غير المكان الذى أودعت فيه ، فعلى المودع أن يقوم بنفقة ردها ونقلها » .

الرد على المودع عنده . ولكن الوديعة تكون عادة دون أجر ، وحتى لو اشترط فيها الأجر فهو عادة مبلغ زهيد لا يجعل الوديعة من عقود المضاربة ، لذلك يمكن أن يستخلص في بسر أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى أن تكون مصروفات الرد على المودع ، « إذ يفرض - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - في الطرفين أنهما قصدا ذلك »^(١) ، حتى لا يجتمع على المودع عنده عبء حفظ الوديعة وعبء تحمل مصروفات ردها^(٢) . ومع ذلك يجوز للطرفين أن يتفقا على أن تكون مصروفات الرد على المودع عنده .

§ ٣ - جزاء الإخلال بالتزام الرد

٣٦٩ - دعوى الاسترداد : وإذا لم يتم المودع عنده بالتزامه من رد الشيء المودع ، كان للمودع أن يسترده بدعوى الوديعة ، وهي دعوى شخصية تنشأ من العقد ، ويطلب فيها المودع استرداد الشيء المودع بعينه هو وملحقاته وثماره^(٣) . ويرفع الدعوى على المودع عنده ، أو على ورثته

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٢٥٥ .

(٢) بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١٦٠ .

(٣) ويعتبر تقنين الموجبات والمقود البتاني المودع عنده مملوكاً بمجرد تأخره دون سبب مشروع عن رد الوديعة بعد أن طلب إليه المودع الرد ، فتقول المادة ٧٠٢/١ من هذا التقنين : « إن الوديع الذى يطلب منه المودع رد الوديعة يعد في حالة التأخر مجرد تأخير منه لا يبرره سبب مشروع » . وقد أخذت محكمة النقض بهذا المبدأ ، فقضت بأنه إذا بنت المحكمة قضاءها بمسئولية الزوج المطلق عن فقد الأشياء التي تدعيها الزوجة المطلقة على أن هذه الأشياء كانت في ذمته وأنه منها من استردادها وأهل إهمالاً غير يسير في المحافظة عليها ، فلا تُرثب على المحكمة في ذلك ، لأن مسئولية الوديع ناشئة عن التزامه قانوناً برد الوديعة متى طلب منه ذلك ، وعن التزامه بالمحافظة عليها بغير تقصير جسيم . ومادامت المحكمة قد أثبتت في حدود سلطاتها الموضوعية حصول المطالبة برد الوديعة وحصول التقصير الجسيم في المحافظة عليها ، ولم تُخرج فيما أثبتته من ذلك عما تبيته بحق من أوراق الدعوى وظروفها ، فلا رقابة عليها لمحكمه النقض . وليس صحيحاً أن مسئولية الوديع لا تنشأ إلا بعد تكليفه رسمياً برد الوديعة ، ذلك لأن مثل هذا التكليف لا محل له لتقرير المسئولية المدنية المترتبة على هلاك الشيء المودع ، فضلاً عن أن المطالبة القضائية بالرد تجب^٤ كل تكليف رسمي آخر (نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة: عمر ٤ رقم ٢٤١ ص ١٣٢) . انظر أيضاً استئناف مخطوط ٦ يولييه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٥ .

بعد موته . وإذا تعدد الورثة أو الودعاء ، وكان الشيء المودع في يد أحد منهم ، جاز رفع الدعوى عليه وحده ، إذ هو ملزم بالرد دون حاجة إلى إرضاء الآخرين^(١) . أما من لم يكن الشيء المودع في يده ، فيجوز رفع دعوى الاسترداد عليه ولكن بمقدار نصيبه^(٢) . ولا يكون الورثة أو الودعاء متضامنين في الالتزام بالرد ، إذ أن هذا الالتزام عقدي ولا يوجد نص على التضامن^(٣) . وإذا كان الشيء المودع موجوداً في مكان معين ، جاز الحصول على أمر من القاضي لفتح هذا المكان وإخراج الشيء المودع منه وتسليمه إلى المودع^(٤) . وتتقدم دعوى الاسترداد الشخصية بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت انتهاء الوديعة وحلول الالتزام بالرد^(٥) .

وللمودع كذلك ، إذا كان مالكاً ، أن يرفع دعوى الاسترداد العينية وهي دعوى الملكية . وله في سبيل ذلك أن يوقع على الشيء ، إذا كان منقولاً ، حجزاً تحفظياً تطبيقاً لأحكام المادة ٦٠٣ مرافعات ، وتقضى بأن « للمالك المنقول أن يوقع الحجز التحفظي عليه عند من يحوزه » . ولا تسقط دعوى الملكية بالتقادم المسقط^(٦) ، ولكن يجوز أن تكسب ملكية الشيء المودع إذا انتقل إلى حائز بالتقادم المكسب الطويل أو القصير . أما إذا بقي الشيء في يد المودع عنده أو في يد ورثته ، فالحيازة مشوبة بالضموض ، ومن ثم لا تؤدي إلى كسب الملكية إلا إذا غير الحائز نيته وبين في وضوح أنه يحوز الشيء كمالك . وإذا كان الشيء منقولاً وانتقل إلى حائز حسن النية بسبب صحيح ، ملكه هذا بالحيازة .

-
- (١) هيك ١١ فقرة ٢٤٧ - جوار فقرة ٩٧ - بودري وفال في الوديعة فقرة ١٢٢٩ .
محمد كابل مرسى فقرة ٣١٦ ص ٤٢٤ .
- (٢) هيك ١١ فقرة ٢٤٧ - بودري وفال في الوديعة فقرة ١١٢٥ ص ٦٠٦ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٨ .
- (٣) أما في تقنين الموجبات والعقود البائت فيوجد نص على التضامن ، إذ تقضى المادة ٧١٦ من هذا التقنين بأنه « إذا وجد جلة ودماء ، كانوا متضامنين فيما يخص بالموجبات والحقوق الناشئة عن الإيداع ، ما لم يكن هناك نص عكالف » .
- (٤) ويقع ذلك عادة إذا كان المودع عنده غائباً ولا يعلم مكانه (بودري وفال في الوديعة فقرة ١١٠٨) .
- (٥) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢ - محمد حل حرفة ص ٥٠٠ .
- (٦) محمد حل حرفة ص ٥٠٠ .

٣٧٠ - وهو التعويض : وإذا تعلق على المودع استرداد الشيء حيناً ، رجع على المودع عنده بالتعويض^(١) . والتعويض هنا هو قيمة الشيء للمودع وقت الرد^(٢) . فإذا زادت القيمة في أثناء الدعوى ، وجب رد القيمة وقت الحكم حتى يكون التعويض كاملاً^(٣) . ويقع أن يقوم الطرفان الشيء وقت الإبداء ، فيعتد بهذه القيمة المتفق عليها^(٤) . وإذا كان الشيء المودع من المثاليات ، وآثر المودع بدلاً من التعويض النقدي أن يسرد مثل الشيء المودع على سبيل التعويض ، كان له ذلك^(٥) .

(١) وحسب تعلق رد الوديعة حيناً ، لم يبق إلا التعويض . فلا يجوز للمودع أن يعرض على الاسترداد حيناً تحت طائلة غرامة تهديدية ، إذ أن الرد حيناً غير مستطاع . وقد قضى بأنه مع اضطرار المودع عنده بفقد الوديعة لا يكون للمودع حق بأن يطلب رد ماضع ، وما من وجه فرضي للمحاكم لأن تحكم بملك الرد وأن تقضى بغرامة يومية على المودع عنده حتى يحصل الرد للماثور ، لأن ذلك أمر بما لا يستطاع وتحكم لا تساعد المبادئ القانونية عليه وإحداث لغير أجل معلوم (مصر الكلية ٢٩ أكتوبر سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٥ ص ٢٨) .

(٢) هيك ١١ فقرة ٢٤١ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٠٩ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٢٩ . وذهب رأى إلى أنه يمتد بالقيمة وقت الإبداء لا وقت طلب الرد (إكس أول ديسمبر سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٢ - ٧ - ٤١ - مارسيليا الابتدائية ١١ نوفمبر ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٩ - ٥ - ١٠) . وذهب رأى آخر إلى أنه يمتد بأكبر القيمتين ، القيمة وقت الطلب والقيمة وقت الإبداء (جيوار فقرة ٧٨ - محمد علي مرفعة ص ٤٧١) . وتقدير القيمة مسألة واقع يبت فيها قاضي الموضوع (نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٤٥ بطيخ المحاماة ، ٢٠٧ رقم ٢٨ ص ٦٨ - نقض فرنسي ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨ - ١ - ١٩٧ - محمد علي مرفعة ص ٤٧١) . عل أنه إذا باع المودع عنده الشيء المودع ، ثم نقصت قيمته وقت الرد عن الثمن ، وجب على المودع عنده رد الثمن كاملاً ولا يكفي يرد القيمة وقت الرد ، لأن الثمن قد حل محل الشيء فهو المقابل له (نقض فرنسي أول ديسمبر سنة ١٩٢٥ جازيت دي پاليه ١٩٢٦ - ٢٢٥ - جيوار فقرة ٧٨ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٢٩) .

(٣) پلانيول وديبير وسافاتييه ١٢ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٦ - كذلك يجب التعويض عن جميع الأضرار الأخرى التي تلحق المودع من جراء عدم تسلمه الوديعة ، أومن جراء تأخره في تسلم الوديعة (بودري وقال في الوديعة فقرة ١١١٠) .

(٤) السين ٢٤ يولييه سنة ١٩٤٣ جازيت دي پاليه ١٩٤٣ - ٢ - ١٦٨ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٢٩ - وقد يزداد التعويض على للقيمة المقررة في حالة الفش أو الخسار الجسم في جانب المودع عنده (باريس ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ دالوز ١٩٥٢ - ٢٣ - پلانيول وديبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٦) .

(٥) نقض فرنسي ٢٦ يولييه سنة ١٩٤٨ جازيت دي پاليه ١٩٤٨ - ٢ - ١٧٩ - ليون ٤ يولييه سنة ١٩٤٥ جازيت دي پاليه ١٩٤٥ - ٢ - ٧٥ - پلانيول وديبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٦ .

وقد يكون الشيء المودع نقوداً ترد بعينها في وديعة غير ناقصة ،
فالتعويض هنا يكون مثل هذه النقود في القيمة مع الفوائد القانونية من وقت
الإعذار إلى من وقت المطالبة القضائية لأن النقود هنا أصبحت عيناً معينة^(١) .
وإذا استعمل المودع عنده النقود لمصلحته ، وجبت عليه الفوائد القانونية من
يوم الاستعمال وذلك على سبيل التعويض^(٢) .

٣٧١ - المهرى الجنائي : وإلى جانب المسئولية المدنية على النحو
الذي قلناه ، يكون للمودع عنده مسئولاً بمسئولية جنائية إذا هو تصرف
في الشيء المودع ، ولم يرد له صاحبه .

ومسئوليته هذه على وجهين . فهو قد أضر أولاً بالمودع عنده بتبديله
الشيء المودع ، ومن ثم يكون مرتكباً لجريمة التبديد . وقد نصت المادة ٣٤١
من قانون العقوبات على أن « كل من اختلس أو استعمل أو يبدل مبالغ أو
أمتعة ، أو بضائع أو نقوداً أو تذاكر أو كتابات أخرى مشتملة على تمسك
أو مخالصة أو غير ذلك إضراراً بمالكها أو أصحابها أو واضعي اليد عليها ،

- (١) انظر أنفاً فقرة ٣٦٥ في الهامش - وانظر بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١٠٥ .
(٢) انظر أنفاً فقرة ٣٥٩ - استئناف غلط ١١ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٥٧ -
أوبري دور وإسبان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٥ - وكان التفتين المدعى المختلط صريحاً في هذا المعنى ،
إذ كانت المادة ٦٠٢ منه تنص على أنه « يجب في جميع الأحوال على حافظ الوديعة أو سارسها
أن يرد أيضاً محصولها ونفائجها ، وعليه فوائد النقود المودعة عنده من وقت مطالبة بردها مطالبة
وجبة عند وجوب الرد ، أو من وقت استعمال الوديعة لمصلحة نفسه » . انظر أيضاً في هذا المعنى
محمد كامل مرسى فقرة ٣١٧ ص ٤٢٦ - محمد علي عرفة ص ٤٧٤ . وإذا كانت الوكالة قد ورد
فيها نص صريح في هذا المعنى (٧٠٦ مغل) ، وكذلك الشركة (٥٢٢ مغل) ، ولم يرد مثل هذا
النص في الوديعة . فلا يمكن أن يؤخذ من ذلك أكثر من أن الوديعة قد تركز لقواعد العامة . وهذه
القواعد تقتضي بأن المودع عنده إذا استعمل الوديعة لمصلحة نفسه يكون قد خالف التزامه بعدم
استعمال الوديعة ، ووجب عليه التعويض ، ولا شك في أن الفوائد القانونية هي خير مقياس
للتعويض في هذه الحالة - انظر عكس ذلك : لوران ٢٧ فقرة ١١٢ - هيك ١١ فقرة ٢٤٣ -
بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١١١ .

ومنك رأي يلعب إلى أنه إذا قام المودع عنده أو ائمن بالوديعة فكسب ، وجب رد
المكسب إلى المودع (بون ١ فقرة ٤٩٩ - عكس ذلك جيوار فقرة ٧٥ - بودرى وقال في الوديعة
فقرة ١١١٢) . والصحيح في رأينا أنه لا يرد للمكسب إذ لا يجوز اعتباره ثماراً مغنية للوديعة ،
ولكنه يرد المبلغ المودع مع فوائده القانونية .

وكانت الأشياء المذكورة لم تسلم له إلا على وجه الوديعة . . يحكم عليه بالحبس ، ويجوز أن يزداد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه . . ويلاحظ أن المودع عنده إذا باع الوديعة وقبض ثمنها ، فعقب بعقوبة التبديد ، ورجع عليه المودع بالتعويض ، لم يكن لهذا الأخير حق امتياز على الثمن الذي قبضه المودع عنده أو على حقه في الثمن في ذمة المشتري إذا كان لم يقبضه ، بل يشارك فيه سائر دائئي المودع عنده مشاركة الغرماء^(١) :

والمودع عنده أضر من وجه آخر بالشخص الذي تصرف إليه في الشيء ، فهو قد تصرف فيما لا يملكه ، ويكون بذلك مرتكباً لجرعة النصب . وقد نصت المادة ٣٣٦ من تقنين العقوبات على أن « يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز خمسين جنياً مصرياً أو يلحى هاتين العقوبتين فقط كل من توصل إلى الاستيلاء على نقود أو عروض أو مستندات دين أو مستندات مخالصة أو أى متاع منقول وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها إما . . وإما بالتصرف في مال ثابت أو منقول ليس ملكاً له ولا له حق التصرف فيه . . » .

الفرع الثاني

التزامات المودع

٣٧٢ - التزامات المودع : يلتزم المودع بدفع الأجر إذا كان مشروطاً ، ويرد المصروفات التي أنفقها المودع عنده في حفظ الوديعة ، وبتعويض المودع عنده عن كل ملاحقة من خسارة بسبب الوديعة .
وهذه هي ، كما رأينا^(٢) ، نفس التزامات انوكل .

المبحث الأول

دفع الأجر

٣٧٣ - نص قانوني : تنص المادة ٧٢٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

- (١) قض مدني ٢٣ أغسطس سنة ١٨٦٤ دالوز ٦٤ - ١ - ٣٦٧ - بلانيول وريبير
وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٦ .
(٢) انظر ألفا فقرة ٢٤٦ .

« الأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر ، فإذا اتفق على أجر وجب على المودع أن يؤديه وقت انتهاء الوديعة ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك »^(١) .
ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادتين ٤٨٢/٥٩٠ و ٤٨٣/٥٩١ :

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٦٩٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٢٤ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٩٦٨ - وفي تقنين اللوجيات والعقود اللبناني المادة ٦٩٠/٢٧ .
ويستخلص من النص المتقدم الذكر أنه يجب التمييز في الوديعة ، كما ميزنا في الوكالة ، بين فرضين : (الفرض الأول) أنه لا يوجد اتفاق على الأجر بين المودع والمودع عنده . (والفرض الثاني) أن هذا الاتفاق موجود .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠٠٥ من المشروع التمهيلي على الوجه الآتي : ١٥ - إذا كانت الوديعة بأجر ، وجب على المودع أن يؤدي الأجر في الوقت الذي ينتهي فيه حفظ الوديعة . ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك . فإذا كان الأجر مقسطاً على فترات من الزمن ، استحق الأجر عن كل فترة في نهايتها . ٢ - أما إذا لم يبين أجر في العقد ، اعتبرت الوديعة أنها دون أجر . وفي لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٧٥٦ في المشرع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨) .
(٢) التقنين المدني القديم م ٤٨٢/٥٩٠ : الإيداع عقد به يسلّم إنسان متغولاً لإلسان آخر يتعهد بحفظه بدون اشتراط أجره كما يحفظ أموال نفسه ، ويرده بعينه عند أول طلب يحصل من المودع .

م ٤٨٣/٥٩١ : إذا اشترطت الأجرة للمودع عنده ، تتبع في العقد القواعد المتعلقة باستئجار الصناع .

(وأحكام التقنين المدني القديم فيما يتعلق بالأجر تنفق في مجموعها مع أحكام التقنين المدني الجديد ، ويحمل التقنين المدني القديم الوديعة المأجورة في حكم المقاولة) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٩٠ (مطاب) .

التقنين المدني الليبي م ٧٢٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٦٨ : ليس للمودع أن يأخذ أجره على حفظ الوديعة ، ما لم يشترط

ذلك في العقد . (وأحكام التقنين العراقي تنفق مع أحكام التقنين المصري) .

تقنين اللوجيات والعقود اللبناني م ٦٩٠/٢ : ولا يحق للمودع أجر ما على حفظ الوديعة ،

إلا إذا اتفق الفريقان على العكس . (وأحكام التقنين اللبناني تنفق مع أحكام التقنين المصري) .

٣٧٤ - بوجمعة اتفاق على الأجر : جاء في صدر المادة ٧٢٤ مدني ساقطة الذكر : « الأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر » . فإذا لم يوجد بين المودع والمودع عنده اتفاق على الأجر ، كانت الوديعة غير مأجورة ، وكان المودع عنده متبرعاً . ولا تكون الوديعة في هذه الحالة قد خرجت فحسب من نطاق عقود المضاربة ، بل تكون أيضاً قد دخلت في نطاق عقود التبرع . فالوديعة حتى لو كانت بأجر ليست من عقود المضاربة كما قدمنا^(١) ، ولكنها قد تكون من عقود المعاوضة إذا اشترط فيها الأجر ، فإذا لم يشترط كانت من عقود التبرع .

٣٧٥ - بوجمعة اتفاق على الأجر : ومخلص مما تقدم أن المودع عنده لا يأخذ أجراً إلا إذا وجد اتفاق على ذلك^(٢) . وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً ، كما يكون ضمنياً . ويستخلص الاتفاق الضمني على الأجر عادة من حرفة المودع عنده ، فالإيداع في المخازن العامة وفي مخازن الاستيداع بالمشاركة وفي محطات السكك الحديدية وفي المراجعات العامة يفرض فيه أن يكون بأجر^(٣) . وإذا لم يعين مقدار الأجر ، ترك تعيينه للعرف أو لتقدير القاضي . ولا يجوز تعديل الأجر المتفق عليه لا بالنقص ولا بالزيادة ، وفي هذا تختلف الوديعة المأجورة عن الوكالة المأجورة^(٤) . وتتميز الوديعة المأجورة عن المقابلة في أمرين^(٥) : (أولاً) في أن الوديعة حتى لو كانت مأجورة

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٤٤ .

(٢) والملازم يدفع الأجر هو المودع ولو لم يكن مالكا ، ولا يلتزم به المالك إذا لم يكن هو المودع لأنه ليس طرفاً في عقد المقابلة وهو العقد الذي أنشأ الالتزام بدفع الأجر (بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٧٣ - محمد علي حرفة ص ٤٩٦) .

(٣) بلانويول وريبير وسالفانيه ١١ فقرة ١١٨٤ - محمد علي حرفة ص ٤٩٥ - وقد قست محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف التجاري يحيل للتاجر الحق في الأجر على ما يتسله من البضائع على سبيل الوديعة (استئناف مخطط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨٠ ص ١٧٠) .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٧٨ .

(٥) وينسب بعض الفقهاء إلى أن الوديعة المأجورة تكون مقابلة إذا كان الأجر جزئياً يتكافأ مع الجهد الذي بذله المودع عنده في حفظ الوديعة ، أما إذا كان الأجر زهيداً فتنطبق الوديعة المأجورة مع ودعية . ويجب هذا الرأي يكون الإيداع في المخازن العامة أو عند من يعتز مهنة الاستيداع مع مقابلة لا مع ودعية (يون ١ فقرة ٣٧٧ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٦٨ - فقرة ١١٧٠ - محمد كامل مرسي فقرة ٣٠٩) . وهناك رأي ثانٍ ينسب إلى أن الوديعة المأجورة =

ليست في الأصل من عقود المضاربة ، ولا يفي المودع عنده من ورائها الكسب ، إلا إذا كان يحترف مهنة الاستيداع^(١) . أما المقابلة فهي من عقود المضاربة ، ويبني المقاتل الكسب من ورائها . (ثانياً) في أن الغرض الأساسي من الوديعة هو حفظ الشيء والحفظ هو الالتزام الجوهرى فيها كما سبق القول^(٢) ، أما المقابلة فقد لا تقع على الحفظ أصلاً ، وإن وقعت فالحفظ فيها يكون أمراً ثانوياً غير مقصود لذاته^(٣) .

ووقت الدفع هو الوقت الذى يتفق عليه المتعاقدان ، ويدفع حلة واحدة أو على أقساط في مواعيد معينة ، فإذا لم يتفق على وقت كان الأجر مستحقاً في الوقت الذى يمينه العرف . فإن لم يوجد عرف ، كان الدفع في الوقت الذى ينتهى فيه حفظ الوديعة (م ٧٢٤ مدنى) . وإذا انتهى حفظ الوديعة قبل الموعد المحدد ، استحق المودع عنده من الأجر بنسبة المدة التى بقى فيها الشيء في حفظه ، ما لم يتفق على غير ذلك . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « الأصل في الوديعة أن تكون دون أجر ، إلا إذا نص في العقد على أجر فيكون واجباً . وفي هذه الحالة إما أن يكون الأجر واجب الأداء دفعة واحدة ، فيصير مستحقاً في الوقت الذى ينتهى فيه حفظ

= تكون مقابلة ، أي كان مقدار الأجرة ولو كان زهيداً (ديراكتور ١٨ فقرة ٢٠ - ترولون فقرة ١١ وما بعدها - ديفرجه فقرة ٤٠٩ - لوران ٢٧ فقرة ٧٧ - جيوار فقرة ١٦ وقرة ١٧ وقرة ٥٥ - هيك ١١ فقرة ٢٣١ - وانظر م ٥٩١/٤٨٣ من التفتيش المدلى القدم . ويذهب رأي ثالث إلى أن الوديعة المأجورة هي عقد قائم بذاته يمكن تسميته بمقدار الحفظ (contrat de garde) (تلك في عقد الحفظ رسالة من باريس سنة ١٩٤١ - وقارن أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ١٢) . والصحيح أن الوديعة المأجورة تبقى وديعة ولو كان الأجر فيها غير زهيد ، وأن الوديعة كالكفالة قد تطورت في السمر الحديث فطلب عليها الأجر بعد أن كان يطلب عليها التبرج (جورس ٢ فقرة ١٣٩٢ - أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٤) .

(١) انظر كلاً فقرة ٣٣٥ .

(٢) انظر كلاً فقرة ٣٣٤ .

(٣) انظر كلاً فقرة ٣٣٤ - وإذا تمدد المدعون ، فلا تضامن بينهم في الالتزام بل على الأجر إلا إذا اشترط ، لأن الالتزام عقدي ولا يوجد نص على التضامن . ولكن المودع عنده حسب الوديعة حتى يتوقف الأجر ، طبقاً لقواعد العامة في الجبس ولأحكام الدفع منهم (هيك ١١ فقرة ٢٢٢ - جيوار فقرة ١٧١ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١٧٤ - بلانويول وريور وسالتييه ١١ فقرة ١١٨٣ ص ٥٢٤) .

الوديعة ، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك . وإما أن يكون مقسطاً على فترات من الزمن ، فيستحق الأجر عن كل فترة في نهايتها . وإذا انتهى حفظ الوديعة قبل الموعد المحدد له وكان هناك أجر متفق عليه ، فإن تطبيق القواعد العامة يبيع للوديع أن يطالب من الأجر المتفق عليه بنسبة ما وفاه هو من التزامه بحفظ الشيء ، غير أنه إذا ظهر أن الطرفين قصداً غير ذلك فتصدهما أولى بالاتباع : انظر في هذا المعنى المادة ٢/٦٩٩ من التقنين الألماني^(١) .

ويكون مكان الدفع ، طبقاً لما تقتضيه القواعد العامة ، في الجهة التي يتفق عليها المتعاقدان ، فإن لم يوجد اتفاق فالعرف . فإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف ، كان الدفع في موطن المدين أي المودع ، أو في الجهة التي فيها مقر أعماله إذا كانت الوديعة متعلقة بهذه الأعمال .

المبحث الثاني

رد المصروفات

٣٧٦ — نص قانوني : تنص المادة ٧٢٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

« على المودع أن يرد إلى المودع عنده ما أنفق في حفظ الشيء .. »^(٢)
ويقال بهذا النص في التقنين المدني القديم العبارة الأولى من المادة ٤٨٨
فقرة أولى/٤٩٦^(٣) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٥ ص ٢٦٠ - ص ٢٦١ - وانظر ١٠٠٥ من المشروع التمهيد أثناء فقرة ٣٧٣ في المباحث .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في العبارة الأولى من المادة ١٠٠٦ من المشروع التمهيد على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٥٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٥ (مجموعة الأعمال التفسيرية ٥ ص ٢٥٩ - ص ٢٦١) .

(٣) التقنين المدني القديم ٤٨٨ فقرة أول/٥٩٦ : وعلى المودع أن يؤدي لحافظ الوديعة المصاريف المتصرفة من حفظها ..

(وحكم التقنين المدني القديم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

المادة ٦٩١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٢٥ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٩٦٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧١٧^(١).

٣٧٧ - أنواع المصروفات التي يجب ردها : ويخص من النص المتقدم الذكر أن المودع يلتزم برد ما أنفق المودع عنده من المصروفات في حفظ الشيء . ويجب أن تفهم عبارة « حفظ الشيء » هنا على أنها تشمل حفظ الشيء من الهلاك إذا تعرض لخطر ، وكذلك الحفظ العادي للشيء إذا اقتضى هذا الحفظ مصروفات ما . فإذا أودع شخص عند آخر بضائع أو منقولات أخرى تقتضي حفظها في مكان أمين وإقامة حارس عليها ، فإن ما ينفقه المودع عنده على هذه المنقولات لحفظها من الهلاك كرشها بمبيدات الحشرات وتفتيتها حتى لا تلفل وكأقساط التأمين التي يدفعها للشركة لتأمينها من الحريق والسرقة ، وما ينفقه في حفظ المنقولات الحفظ العادي كأجرة المكان وأجر الحارس ، كل هذا يرجع به المودع عنده على المودع . كذلك يرجع بمصروفات الصيانة المعتادة ، كعلف الحيوان وتشحيم السيارة وتزييتها وتمهيد الشيء المودع بالتنظيف المعتاد ونحو ذلك . أما المصروفات النافعة والمصروفات الكفالية ، فلا يرجع بها إلا بموجب القواعد العامة ، وليس الالتزام بردها ناشئاً من عقد الوديعة ، بل هو ناشئ من فعل الإنفاق^(٢) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٩١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٢٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٦٦ : الوديعة التي تحتاج إلى ففقة ومؤونة تكون مصاريفها على صاحبها . فإن كان غالباً وكانت ما يستأجر ، فللمودع أن يوجرها بإذن المحكمة وينفق عليها من أجرها . وإن كانت ما لا يستأجر ، فله بعد إذن المحكمة إما أن ينفق عليها من ماله ويرجع على المودع ، وإما أن يبيعها وفقاً للإجراءات التي تقررها المحكمة ويحفظ ثمنها عنده . (وأحكام التقنين العراقي تنفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧١٧ : على المودع أن ينفق إلى المودع نفقات حفظ الوديعة . . (وأحكام التقنين اللبناني تنفق مع أحكام التقنين المصري) .

(٢) بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٦٣ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٠ ص ١٨٠ هاش ١ - پلانول وريير وسفاتيه ١١ فقرة ١١٨٤ ص ٥٢٣ - محمد علي عرفة ص ٤٩٣ - ٤٩٤ .

وهذا بخلاف مصروفات الحفظ ومصروفات الصيانة على النحو الذي قدمناه، فإن الالتزام بردها ينشأ من عقد الوديعة ذاته، إذ النص (م ٧٢٥ مدني) صريح في جعل المودع يلتزم برد هذه المصروفات باعتبار أنه مودع أى بموجب عقد الوديعة^(١). ويرتب على ذلك أن الذي يلتزم برد المصروفات هو المودع ولو لم يكن مالكا، أما المالك فلا يلتزم بها إلا بموجب القواعد العامة، أى بموجب فعل الإنفاق لا عقد الوديعة^(٢). ويرتب على ذلك أيضاً أن الوديعة تكون عقداً ملزماً للجانبين إذا أنشأت التزاماً برد المصروفات أو أنشأت أى التزام آخر في جانب المودع. وقد قدمنا مثل ذلك في عقد العارية، وقررنا أن التزام المعبّر برد المصروفات ينشأ من عقد العارية ذاته^(٣). ولا تجب الفوائد على المصروفات التي يلتزم المودع بردها إلا من وقت المطالبة القضائية بها طبقاً للقواعد العامة^(٤). وهذا بخلاف الوكالة، فإن الموكل يدفع الفوائد على المصروفات التي ينفقها الوكيل من وقت الإنفاق، وذلك بموجب نص خاص ليس له مقابل في الوديعة^(٥).

كذلك إذا تعدد المودعون لم يكونوا متضامنين^(٦)، بخلاف الوكلاء

(١) ومع ذلك قد ورد في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى: «ويقتضى أحياناً أن ينفق المودع مصروفات لازمة لحفظ الشيء المودع لديه، فيجب على المودع طبقاً للقواعد العامة أن يرد إليه هذه المصروفات» (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٦١).

(٢) ولذلك إذا رد المودع عنده الوديعة فمالك لا للمودع، جاز له أن يطالبه برد المصروفات، ولكن لا على أساس عقد الوديعة فمالك لم يكن طرفاً فيها. بل على أساس واقعة الإنفاق (جيوار فقرة ٣١ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٦٦ - محمد على مرقعة ص ٤٩٦).

(٣) الوسيط ٦ فقرة ٨٤٦ - ويجوز أن يتفق في عقد الوديعة على أن يدفع المودع عنده مصروفات حزم البضاعة وتصديرها والتفريجة الجمركية، على أن يرجع بكل ذلك على المودع (استئناف مخطط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٩).

(٤) لوران ٢٧ فقرة ١٢٩ - بون ١ فقرة ٥٠٩ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٦٤ ص ٦٢٣ - محمد على مرقعة ص ٤٩٤ - وقرب بلانويول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١١٨٤ ص ٥٢٣ - وهناك رأى يذهب إلى استحقاق الفوائد من وقت الإنفاق تيسراً على الوكالة (هيك ٦١ فقرة ٢٥١ - جيوار فقرة ١١٠ وفقرة ١١٣). ولكن النص الوارد في الوكالة نص استثنائي لا يجوز التماس عليه (بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٦٤ ص ٦٢٤).

(٥) انظر آنفاً فقرة ٢٨٨.

(٦) هيك ١١ فقرة ٢٣٢ - جيوار فقرة ١٧١ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٧٤ - بلانويول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١١٨٤ ص ٥٢٤ - محمد على مرقعة ص ٤٩٩.

المتعديين فلهم متضامنون بموجب نص خاص^(١) ليس له هنا أيضاً مقابل ولكن يضمن رجوع المودع عنده بالمصروفات حتى الحبس ، بموجب القواعد العامة في حق الحبس وفي مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد^(٢) . وإذا كانت المصروفات ضرورية لحفظ الشيء من الهلاك ولترميمه ، كان لها حتى امتياز على الشيء المودع وفقاً لأحكام المادة ١١٤٠ مدني .

المبحث الثالث

التعويض عن الضرر

٣٧٨ — نص قانوني : تنص العبارة الأخيرة من المادة ٧٢٥ من التقنين

المدني على ما يأتي :

« وعليه (المودع) أن يعرضه (المودع عنده) عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة^(٣) » .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم العبارة الأخيرة من المادة ٤٨٨

فقرة أولى/٥٩٦^(٤) .

(١) انظر آتفاً فقرة ٢٩٨ .

(٢) ويحتج بحق الحبس لا قبل المودع وحده ، بل أيضاً قبل المالك والمشتري من المالك ودائى المودع (يون ١ فقرة ٥١١ - جيوار فقرة ٣١ و فقرة ١١٥ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٤ ص ١٨١ - محمد علي حرقه ص ٤٩٧ - ص ٤٩٨ - بودري وفال في الوديعة . فقرة ١١٧٦ : ولكنهما لا يحملان حق الحبس نافذاً في حق المالك انظر فقرة ١١٧٧) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في العبارة الأخيرة من المادة ١٠٠٦ من المشروع

التهدي على الوجه الآتي : « وعليه (المودع) أن يعرضه (المودع عنده) عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة ، إلا إذا لم يعلم السبب الذي كان من شأنه أن تنتج عنه الخسارة ، أو لم يكن في استطاعته أن يعلم ذلك ، أو علمه وأخطر به الوديع ، أو علمه حفا دون إخطاره . فحذفت في لجنة المراجعة آخر عبارة في النص اكتفاء بالقواعد العامة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٧٥٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٥٩ - ص ٢٦٤) .

(٤) التقنين المدني القديم م ٤٨٨ فقرة أولى/٥٩٦ : ويعطيه (المودع عنده) بدل الخسارات

التي نشأت له عنها (الوديعة) . (وحكم التقنين المدني القديم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٦٩١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٢٥ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٩٦٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧١٧^(١).

٣٧٩ - تعويض ما يصيب المودع عنده من الضرر بسبب الوديعة :
ويخلص من النص المتقدم الذكر أن المودع يلتزم بتعويض المودع عنده عما يصيبه من الضرر بسبب الوديعة ، والالتزام هنا مصدره عقد الوديعة . فإذا كان في الشيء المودع عيب خفي - كمرض معد في الحيوان انتقل بالعدوى إلى حيوانات المودع عنده - وجب على المودع أن يخطر به المودع عنده حتى يتخذ هذا الاحتياطات اللازمة لمنع العدوى ، وإلا كان مسئولاً عن تعويض المودع عنده . فإذا لم يقصر المودع في ذلك وأخطر المودع عنده بالمرض ، أو كان هذا علماً به دون إخطار ، فإنه لا يكون مسئولاً^(٢) . وقد تستحق

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٩١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٢٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٦٧ : ١ - إذا استحققت الوديعة وضمتها الوديع ، فله الرجوع

بماضنه على صاحبه . ٢ - وعلى المودع بوجه عام أن يمرض الوديع عن كل ما يلحقه من نصارة بسبب الوديعة إذا كانت هذه النصارة ناجمة عن فعل المودع .

(وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧١٧ : على المودع . . أن يمرضه (المودع عنده) من

النصائر التي أصابته بسبب الإيداع .

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(٢) ولكن المودع يكون مسئولاً حتى لو كان لم يعلم بالعيب ، ولم يعلم به المودع عنده حتى يتمكن من اتخاذ الاحتياطات اللازمة (هيك ١١ فقرة ٢٥١ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٦٧ - محمد علي عرفة ص ٤٩٤ - ص ٩٥٥) . وانظر عكس ذلك المذمور الشهير وكان ينهى بالعبارة الآتية : « إلا إذا لم يعلم (المودع) العيب الذي كان من شأنه أن تنتج عنه النصارة أو لم يكن في استطاعته أن يعلم ذلك ، أو علمه وأخطر به الوديع ، أو علمه هذا دون إخطاره . ضلغت هذه العبارة في لجنة الترجمة اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التصديرية ص ٢٥٩ وص ٢٦٣ وانظر أيضاً فقرة ٣٨٧ في المامش) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في هذا الصدد : « وكذلك قد يحدث أن الشيء المودع قد يتسبب في إلحاق خسارة بالوديع ، كما إذا كان به عيب ما ينتقل بالعدوى إلى أموال الوديع . ففي هذه الحالة يكون المودع مسئولاً عن تعويض ما يصيب الوديع من ضرر بسبب ذلك ، ما دام لم ينبه الوديع إلى وجود هذا العيب ، إلا إذا كان هو لم يعلم بوجود ذلك العيب ولم يكن في استطاعته أن يعلم ذلك ، إذ لا يكون حينذاك مقصراً في عدم تنبيه الوديع ، أو كان الوديع قد علم بوجوده -

الوديعة في يد المودع عنده ، قالم بتقديم المودع لتلبي دعوى الاستحقاق بنفسه في الوقت المناسب ، فإن ما يصيب المودع عنده من خسائر ومصروفات بسبب دعوى الاستحقاق يرجع به على المودع^(١) . وليس المودع عنده ملزماً ، كما ألزم المستعير (م ٢/٦٤١ مدني) ، بأن يتحاشى هلاك الشيء المودع باستعمال شيء من ملكه الخاص ، أو بأن يختار إنقاذ الشيء المودع بدلاً من إنقاذ ملكه^(٢) . ولكنه إذا فعل ذلك ، جاز له الرجوع بما تحمله من الخسارة لإنقاذ الشيء المودع ، بشرط ألا يزيد ما يتقاضاه عن قيمة الشيء المودع^(٣) . ولا تجب القوائد على التعويض إلا من وقت المطالبة القضائية بها ، وإذا تمدد المدعون لم يكونوا متضامنين في التزامهم بالتعويض ، ويضمن الرجوع بالتعويض حق الحبس^(٤) ، وقد تقدم مثل ذلك الالتزام برد المصروفات^(٥) .

— اليب دون أن يخطره المودع به إذ لا يكون تقصير الوديع في التلبية هو السبب المباشر في وقوع الضرر ، وإنما سببه المباشر هو علم احتياط الوديع لتفادي حدوث الضرر (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٦١) . ويخفف العبارة المشار إليها ، أصبح واجباً الرجوع إلى القواعد العامة ، وهذه تنفي بأن يكون المودع مسئولاً عما يحدث من الضرر حتى لو كان لا يعلم السبب الحق (انظر في هذا المعنى محمد علي عرفة ص ٤٩٥ هامش ١) .

(١) انظر م ٩٦٧ مدني عراق آنفاً فقرة ٣٧٨ في الحاشي .

(٢) قارن بودري وقال في الوديعة فقرة ١٠٦٩ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٥٦ في الحاشي - بودري وقال في الوديعة فقرة ١٠٦٩ - فقرة ١٠٧٠ - أوبري ورو وإسان ٦ فقرة ٤٠٤ ص ١٨٠ هامش ٢ - أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٢٢٩ - والمألزم بالتعويض هو المودع ولو لم يكن مالكاً ، أما المالك فغير ملزم إذا لم يكن طرفاً في عقد الوديعة (محمد علي عرفة ص ٤٩٦) .

(٤) وقد ورد نص خاص في حق الحبس في تقنين الموجبات والمقود البتاني ، إذ نصت المادة ٧١٨ من هذا التقنين على أن « الوديع أن يجيب الوديعة ، إل أن يستوفى كل ما وجب له بسبب الإيداع » . واكتفى التقنين المدني المصري بتطبيق القواعد العامة في هذا الصدد ، فلم يورد نصاً خاصاً . وجاء في المذكرة الإيضاحية للشروع النهائي في هذا المعنى ، وقد ورد في التقنين الحال (القديم) نص المادة ٤٨٨ فقرة ثانياً/٩٧ مقرر الوديع الحق في حبس الوديعة لاستيفاء ما هو مستحق له من مصروفات وتوقيضات . وكان من الواجب إيراد هذا النص في المشروع ، لولا أنه نص على الحق في الحبس بصفة مبدئية في المادة ١/٣٣١ ، وطبقه بصفة عامة أيضاً على من يحوز شيئاً ملكاً لغيره . ويتفق عليه مصروفات لازمة أو فائضة . فكان في هذا النص العام شيء من تكرار تطبيقه بمناسبة كل عقد على حدة (مجموعة الأحكام التحضيرية ص ٢٩١ ص ٢٩٢ - وقد أشارت المذكرة الإيضاحية بعد ذلك إلى وجوب حذف النص الخاص بالحبس في العارية والوكالة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة : مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٩٢) - (٥) فطر آنفاً فقرة ٣٧٧ .

الفصل الثالث

انتهاء الوديعة

٣٨٠ - **نصوص مخروطة:** كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نصوص فى انتهاء الوديعة ، حذفت كلها فى لجنة المراجعة اكتفاء بالمادة ٧٢٢ مدنى (م ١٠٠٣ من المشروع التمهيدى) .

فكانت المادة ١٠٠٧ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى :
« ١ - تنتهى الوديعة بانقضاء الأجل المتفق عليه . ٢ - فإذا لم يتفق على الأجل صراحة أو ضمناً ، حدد القاضى أجلاً تنتهى فيه الوديعة ، ويكون هذا الأجل مبدأ المدة التى يتقادم بها الالتزام برء الوديعة » .

وكانت المادة ١٠٠٨ تنص على ما يأتى : « يجوز للمودع فى كل وقت أن يطلب رء الوديعة ، إلا أن يكون أجل الوديعة مجدداً فى مصلحة الوديع أو يكون هذا مأذوناً فى استعمال الوديعة » .

وكانت المادة ١٠٠٩ تنص على ما يأتى : « إذا كانت الوديعة دون أجر ، وتعلن على الوديع أن يستمر حافظاً للوديعة لأسباب طارئة مشروعة ، جاز له أن يرد الوديعة قبل الأجل المتفق عليه . ٢ - ويجوز له ذلك أيضاً إذا اتضح من العقد أن تحديد الأجل كان لمصلحته هو » .

وكانت المادة ١٠١٠ تنص على ما يأتى : « تنهى الوديعة بموت الوديع ، ويبقى فى تركته ما نشأ عنها من التزامات ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك »^(١).

(١) انظر فى هذه النصوص مجموعة الأعمال التفسيرية ص ٢٥٩ - ص ٢٢٢ فى الخاتمة .
ويقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى القديم م ٥٩٢/٤٨١ : ولا يجوز لحافظ الوديعة أن يلزم مودعها بأخذها قبل الميعاد المتفق عليه .

ويقابلها فى التقنين المدنى العراقى م ٩٦٩ : ١ - للمودع فى كل وقت أن يطلب رء الوديعة مع زوائدها ، كما أن الوديع أن يطلب ردها متى شاء . ٢ - وإذا كان الإيداع بأجرة ، فليس الوديع أن يردها قبل الأجل المعين إلا إذا كان له عذر مشروع . ولكن المودع أن يطلب ردها متى شاء ، على أن يدفع الأجرة المتفق عليها . ٣ - ويلزم أن يكون طلب الرء فى وقت مناسب ، وأن تمنح المهلة الكافية للوديع .

وقد رأينا أن المادة ٧٧٢ مدني التي اكتن بها عن هذه النصوص المحلقة تنص على ما يأتي : « يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده ، وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسلم الشيء في أي وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع » .

ويخلص من جميع هذه النصوص ، المخوف منها وغير المخوف ، أن الوديعة تنتهي بالأسباب الآتية : (١) انقضاء الأجل . (٢) رجوع أحده المتعاقدين عنها قبل انقضاء الأجل . (٣) موت المودع عنده .

٣٨١ — انقضاء الأجل : قد يتفق المتعاقدان على أجل للوديعة ، صراحة أو ضمناً ، فتنتهي الوديعة بانقضاء هذا الأجل . وإذا لم يتفق على أجل ، « وجب — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي — وضع حد لها بالالتجاء إلى القاضي لتعين أجل تنتهي فيه الوديعة . ونظراً لكثرة ما قام من نزاعات بشأن تقادم الوديعة وما يعتبر مبدأ لهذا التقادم ، نص المشروع على أن التقادم يبدأ من وقت حلول الأجل المعلن لرد الوديعة^(١) »

٣٨٢ — رجوع أحد المتعاقدين عن الوديعة قبل انقضاء الأجل : « والأصل — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي — أن الأجل

١ - ١٧٠٣ : إذا مات الوديع ، وجدت الوديعة في تركته ، فهي أمانة في يد الوارث .
٢ - وإن مات الوديع مجهلاً حال الوديعة ولم توجد في تركته ولم تعرفها الورثة ، تكون ديناً واجباً أداؤه من تركته ، ويشارك المودع سائر غرماء الوديع .

ويقابلها في تقنين الموجبات والمقرد البنائ :

٧٠١ : لا يجوز لوديع أن يجبر المودع على استرداد وديعته قبل الأجل المتفق عليه إلا لسبب مشروع — وإنما يجب عليه أن يرد الوديعة حيناً يطلبها المودع ، وإن يكن المودع المضروب لردّها لم يحل به .

٧٠٣ : إذا لم يضرب موعد لرد ، فلوديع أن يرد الوديعة في أي وقت شاء بشرط ألا يردّها في وقت غير مناسب ، وأن يمنح المودع مهلة كافية للاسترداد أو لإعداد ما تقتضيه الظروف .
وقارن أسباب انتهاء الوديعة في القانون الفرنسي : بوردو وثال في الوديعة فقرة ١١٥٠ - فقرة ١١٥٨ - أوبري ورو وإسبان فقرة ٤٠٣ ص ١٧٨ - ص ١٧٩ - بلانيرول وريير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٥ .

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ، ص ٣٩٣ في المايش .

في الوديعة معين لمصلحة المودع ، فيجوز له أن ينزل عن حقه ، وأن يطلب رد الوديعة قبل حلول الأجل^(١) . ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن يرجع المودع عنده في الوديعة بإرادته المنفردة ، والذي يجوز له الرجوع هو المودع وحده . وإنما يجوز للمودع عنده أن يرجع في الوديعة بإرادته المنفردة في الحالتين الآتيتين : (١) إذا كان « مأذوناً في استعمال الوديعة ، أو كان الأجل بوجه عام معبأً في مصلحة الوديع »^(٢) . ففي هذه الحالة يجوز للمودع عنده وحده ، دون المودع ، أن يرجع في الوديعة بإرادته المنفردة . وبشرط ألا يستعمل الوديع هذا الحق في وقت غير ملائم للمودع^(٣) . (٢) إذا كانت الوديعة في مصلحة المودع ، ولكن « طرأت على الوديع أسباب مشروعة يتعذر عليه معها أن يستمر حافظاً للوديعة ، بشرط أن تكون الوديعة بدون أجر ، إذ يكون الوديع في هذه الحالة متبرعاً ولا يصح أن يقصر تبرعه »^(٤) . وفي هذه الحالة يجوز للمودع عنده أن يرجع في الوديعة بإرادته المنفردة بمجرد طرؤه هذه الأسباب المشروعة ، كما يجوز للمودع أن يرجع بإرادته المنفردة في أي وقت لأن الأجل في مصلحته هو .

٣٨٣ - موت المودع عنده : « ولأن الوديعة - كما نقول المذكورة الإيضاحية - يلحظ فيها شخص الوديع ، إذ يكون محل ثقة المودع ، وجب أن ينحل العقد بموت الوديع ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . ومعنى انحلال العقد ، استقرت في تركة الوديع الالتزامات التي ثبتت عليه إلى وقت انحلاله ، فتبقى التركة مثقلة بها ، بما في ذلك الالتزام برد الوديعة »^(٥) . والمفروض هنا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٦٣ في الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٦٣ في الهامش .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٦٣ في الهامش .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٦٣ في الهامش .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٦٣ في الهامش - انظر عكس ذلك وأن الوديعة لا تنتهي بموت أي من المتعاقدين محمد على حرفة ص ٥٠١ . ونرى أن النص المذخور الذي كان يقتضي بانتهاء الوديعة بموت المودع عنه ليس إلا تطبيقاً للإرادة المقترضة للمتعاقدين ، ما لم يثبت العكس . فيصح إعمال النص بالرغم من حلفه .

أن الوديعة في مصلحة المودع عنده ، إذ لو كانت في مصلحة المودع لحاز له الرجوع فيها في أى وقت ، قبل موت المودع عنده أو بعد موته . وإذا مات المودع وكانت الوديعة في مصلحته ، جاز لورثته الرجوع في الوديعة في أى وقت ، لا لموت المودع ، بل لأن المودع كان يستطيع الرجوع في الوديعة لو كان حياً إذ الوديعة في مصلحته ، فينتقل هذا الحق إلى ورثته . أما إذا كانت الوديعة في مصلحة المودع عنده ومات المودع ، فإن الوديعة لا تنتهي بموته ، بل يبقى المودع عنده حافظاً للوديعة إلى أن ينقضى أجلها إذ هي لمصلحته ، ولكن يجوز له هو دون ورثة المودع الرجوع في الوديعة بإرادته المنفردة مادامت لمصلحته .

الفضل الرابع

بعض أنواع الوديعة

الفرع الأول

الوديعة الناقصة

(Dépôt irrégulier)

٣٨٤ — نص قانوني : تنص المادة ٧٢٦ من التقنين المدني على ما يأتي :
« إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أى شيء آخر مما يهلك بالاستعمال ،
وكان المودّع عنده مأذوناً له في استعماله ، اعتبر العقد قرضاً »^(١) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم ، ويبدو أن القضاء في عهد
هذا التقنين كان يتجه إلى الأخذ بالحكم الوارد في النص^(٢) .
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠١١ من المشروع التمهيدي حل الوجه
١٥ - إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أى شيء آخر مما يهلك بالاستعمال وكان المودّع
مأذوناً في استعماله ، اعتبر العقد قرضاً ، ما لم يقض العرف بغير ذلك . ٢ - ويفترض حصول
الإذن في استعمال الشيء إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود . وفي لجنة المراجعة حلفت الفقرة
الثانية والمباراة الأخيرة من الفقرة الأولى ، فأصبح النص مطابقاً لما اشترط عليه في التقنين المدني
الجديد ، وذكر في اللجنة « أن هذا الفرض يختلف عن فرض إيداع النقود دون فائدة ودون الإذن
جاستمالها » ، وصار رقم النص ٧٥٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٧ ،
ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٥ - ص ٢٦٨) .

(٢) فقد قضت محكمة النقض بأن تسليم قطن لمخلج بموجب إيصالات ذكر بها أنه لا يجوز
لحاملها طلب القطن حيناً لا يمتد وديعة ، فإذا تصرف صاحب المخلج في القطن بغير إذن صاحبه لا يعتبر
ذلك تهديداً (نقض جنائي ٢١ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ٢ رقم ٣٣٧ ص ٤٨٨) .
وانظر أيضاً نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٥ الحاماة ٢٠ رقم ٣٧٤ ص ٩١٢ - المنصورة
الكلية الوطنية ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ الحاماة ١٩ رقم ٥٠٧ - الإسكندرية الوطنية
٢٤ يناير سنة ١٩٣٨ الحاماة ١٩ رقم ١٧٥ ص ٣٩٥ - انظر أيضاً محمد علي عروة ص ٥٠٤ .

المادة ٦٩٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٢٦ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٩٧١ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٦٩٩^(١) .

وتخلص من هذا النص أنه إذا كان محل الوديعة مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر مما يهلك بالاستعمال ، وأذن المودع للمودع عنده في استعمال هذا الشيء ، فلا مناص من أن يستهلك المودع عنده الشيء بالاستعمال ، ومن ثم لا يستطيع أن يرد الشيء بعينه كما هو الأمر في الوديعة ، ويتعين أن يرد مثل الشيء كما هو الأمر في القرض . ولذلك خرج المشرع بهذا النوع من الوديعة - وتسمى الوديعة الناقصة^(٢) - عن أن تكون وديعة إلى أن تكون قرضاً^(٣) .

٣٨٥ - صور عملية للوديعة الناقصة : وأكثر ما ترد الوديعة الناقصة

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٩٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي ٧٢٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٧١ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٦٩١ : إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أشياء من الخليات ، وأذن المودع في استعمالها ، عد المقتد بمثابة عارية استهلاك .
(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(٢) واسمها بالفرنسية *dépot irrégulier* ، ولذلك أطلق عليها بعض الفقهاء « الوديعة الشاذة » (محمد علي عرفة ص ٥٢) .

(٣) وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « لما كان المفروض في الوديعة أن يحفظها المودع ويردها عيناً ، فإذا رخص له في استعمالها ، وجب ألا تكون مما لا يهلك لأول استعمال ، وإلا تملأ بهذا الاستعمال ردها بعينها ، ولزم رد مثلها . وفي هذه الحالة يكون المقتد أقرب إلى القرض منه إلى الوديعة . وهذا هو شأن وديعة النقود وكل شيء آخر مما يهلك بالاستعمال ، فقد نصت المادة ١٠١١ (م ٧٢٦ مدني) على أن المقتد يعتبر في هذه الحالة قرضاً .. وهي منقولة عن المادة ٦٤٩ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، مع تعديل بسيط ينحصر في أن هذه المشروع يشترط لذلك ، إلى جانب الإذن بالاستعمال ، أن يكون الشيء مما يهلك لأول استعمال ، في حين أن المشروع الفرنسي الإيطالي يتطلب فيما يتعلق بالشرط الأخير أن يكون الشيء من الخليات . وقد أدخل هذا التعديل لأن السبب في تغيير حكم المقتد هو أن الإذن باستعمال الشيء الذي يهلك بالاستعمال كالنقود والحبوب وغيرها لا يمكن معه رده بعينه (انظر المادة ٢٢٢٣ من التقنين الأرجنتيني) . أما المثل الذي لا يهلك بالاستعمال ككلم أو كتاب ، فيجوز الإذن باستعماله دون أن تستحيل الوديعة إلى قرض ، ويكون المقتد في هذه الحالة أقرب إلى العارية منه إلى القرض » (مجموعة الأعمال التوضيحية ص ٣٦٦ - ص ٢٦٧) .

على ودائع النقود في المصارف حيث تنتقل ملكية النقود إلى المصرف ويرد مثلها^(١) ، بل ويدفع في بعض الأحيان فائدة عنها^(٢) ، فيكون العقد في هذه الحالة قرضاً أو حساباً جارياً^(٣) .

وترد الوديعة الناقصة كذلك على الأسهم والسندات تودع في المصارف ، وتنتقل ملكيتها إلى المصرف على أن يرد مثلها . وقد ترد الوديعة الناقصة على أشياء أخرى مما يهلك بالاستعمال ، كالقطن والحبوب .

على أن هناك من الفقهاء من يميز بين الوديعة الناقصة والقرض ، وسرى فيما يلي ألا جلوى من هذا التمييز ، وأن المشروع المصري أحسن صنفاً باعتباره الوديعة الناقصة قرضاً .

٣٨٦ - عزم جردى التمييز بين الوديعة الناقصة والقرض وجوب

اعتبار هذه الوديعة قرضاً : والذين يميزون بين الوديعة الناقصة والقرض يقولون عند نية المودع ، فإذا انصرفت هذه النية إلى أن يكون القرض الأساسي

(١) وقد يكون الرد عند الطلب (à vue) ، أو بعد أجل قصير (à court terme) ، أو بعد أجل معين من وقت الطلب (à un certain délai de vue) (بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٩٧ - بلايول وريير وسافانيه ١١ فقرة ١١٦٩ ص ٤٩٨) . وقد يكون الإيداع في صناديق التوفير وفي خزائن المحاكم .

(٢) بخلاف الوديعة العادية إذ أن الذي يدفع الأجر فيها هو المودع لا المودع عنه .
(٣) أما إيداع مبلغ من النقود على أن يرد بالذات دون أن يستعمل ودون أن تدفع عنه فائدة ، فهذه وديعة عادية لا وديعة ناقصة ، وقد سبق بيان ذلك (انظر آتفاً فقرة ٣٦٣ - أوبرى ورو وإسان ٦ فقرة ٤٠١ ص ١٦٥ - نقض فرنسى ٢٥ يولي سنة ١٩٣٨ جازيتى هـ ١٩٣٨ - ٢ - ٦٨٤ : نقود أجنبية - ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٨ سيريه ١٩٤٩ - ١ - ١٥٩) .
وقد لبه إلى ذلك في لجنة المراجعة حيث قيل إن فرض الوديعة الناقصة « يختلف عن فرض إيداع مبلغ من النقود دون فائدة ودون الإذن باستعماله » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٦٨) - وانظر أيضاً نفس الفقرة في المامش) . ويفترض في وديعة النقود أنها وديعة ناقصة ، ما لم يتم الدليل على العكس (انظر الفقرة المحلولة من المشروع التيتهى المادة ٧٢٦ مدنى آنفاً نفس الفقرة في المامش ، وانظر بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٩٣) .

ويعتبر وديعة إيداع مبلغ من النقود خزانة المحكة ، وتكون الخزانة وهي شخص معنوي مستقل عن تلم الكتاب هي المودع عنه ، وتخضع لأحكام الوديعة (استئناف مخطط ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٥٠ - ٢١ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٥٩) . وإذا وقع حجز تحت يد المدين ، فأرود المدين المبلغ في الخزانة ، فالخزانة تمثل المدين ولا تصيد إلا بما يتقيد به هذا (استئناف مخطط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٤٩) .

من العقد هو حفظ النقود أو الأسهم أو السندات أو نحوها فالعقد وديعة ولو تقاضى المودع فائدة ، وإلا فهو قرض ولو لم يتقاضى أية فائدة^(١) . ومن الدلائل على هذه النية ألا يشترط أجل للرد أو ألا يتقاضى المودع إلا فائدة زهيدة أو ألا يتقاضى فائدة أصلاً ، فيستخلص من هذه القرائن أن المودع أراد الوديعة . أما إذا اشترط أجل للرد أو تقاضى المودع فائدة مجزية ، فهذه قرائن على أن نية المودع انصرفت إلى القرض^(٢) .

والقائلون بهذا التمييز يرتبون عليه النتائج الآتية : (١) إذا اعتبر العقد وديعة ناقصة لم تجز المقاصة بين الوديعة ودين للمودع عنده ، ونجوز المقاصة إذا اعتبر العقد قرضاً . (٢) إذا اعتبر العقد وديعة ناقصة سرت القوائد عند عدم الرد من وقت الإعذار ، ولا تسرى في القرض إلا من وقت المطالبة القضائية بها . (٣) إذا اعتبر العقد وديعة ناقصة ولم يقم المودع عنده بالرد كان مرتكباً لجرمة التبديد ، وفي القرض لا عمل لهذه الجريمة وإنما يكون المقرض مذنباً بالرد^(٣) .

(١) بون ١ فقرة ٤٤٥ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٩٢ و فقرة ١٠٩٦ - أوبري وروولسان ٦ فقرة ٤٠١ ص ١٦٥ - بيدان ١٢ فقرة ٢٦٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٩ - دي بلانج ٥ فقرة ٢٦٤ - وما بعدها - محمد كامل مرسي فقرة ٤٣٢ - وذلك حتى لو كان المودع قد قصد من الإيداع في المصرف أن يتمكن من صرف ما أودعه عن طريق الشيكات المسحوبة على هذا المصرف (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٩ ص ١٤٩) . وهناك رأي يذهب إلى أن الوديعة الناقصة هي وديعة عادية في البداية ، وتحول إلى قرض عند ما يستهلك المودع عنه الشيء (هيك ١١ فقرة ٢٢٩) . وانظر في تكييف الوديعة مع السلب للمودع عنده باستهلاك الشيء ، إذا أراد ، وفي تكييفها مع السلب للمودع عنده باستهلاك الشيء ، إذا تحقق ظرف معين : بودرى وقال في الوديعة فقرة ١١٠٠ - فقرة ١١٠١ .

(٢) بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٩٦ - وقد قضى بأنه لا نزاع في أن النقود تصح أن تكون محل الوديعة ، وفي هذه الحالة يطلق عليها اسم الوديعة الناقصة ، وهي لا تختلف عن وديعة الأشياء المبنية إلا في أن ملكية النقود المودعة تنتقل إلى المودع عنده وهلاكها يكون عليه ، أما فيما عدا ذلك فتتطابق عليها كافة أحكام الوديعة وأحكام وجوب ردها عند أول طلب - وإن كانت الوديعة الناقصة تتشابه مع عارية الاستهلاك أو القرض ، في كثير من الأحوال يتعذر التفريق بينهما ، إلا أنه يمكن معرفة حقيقة العقد بالرجوع إلى ظروف الأحوال والبحث عن قصد المتعاقدين . وقد وضع الصراح بعض قواعد التمييز بين المتدينين ، منها أنه إذا كان القصد أن يقدم المتسلم حذية مجانية إلى صاحب الشيء فالعقد وديعة ، أما إذا كان القرض منه المحصول على ربح للمسلم فالعقد عارية ، والمبلغ الذي يدفع من المرشح لمضوية مجلس النواب ضافاً لترشيحه يعتبر وديعة ، وتسرى عليه أحكامها (الإسكندرية الوطنية ٢٤ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٧٥ ص ٣٩٦) .

(٣) انظر في هذه النتائج بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٠٩٩ .

وهذا التمييز بالتأجيل التي ترتب عليه ليس سليماً ، لا بالنسبة إلى فصيل التفرقة الذي اتخذ ، ولا بالنسبة إلى النتائج التي ترتبت ، فمن حيث فصيل التفرقة ، قيل إن إنما يدل على انصراف النية إلى الوديعة ألا يشترط أجل للرد وألا تشترط فوائد أصلاً أو أن تكون الفوائد زهيدة . وهذه قرائن ليست حاسمة ، فالقرض كالوديعة قد لا يشترط فيه الأجل والوديعة كالقرض قد يشترط فيها الأجل ، وكذلك القرض قد لا تشترط فيه فوائد أصلاً كالوديعة بل إن الأصل في القرض أن يكون بغير فائدة ما لم يشترط^(١) . ومن حيث النتائج التي ترتب عادة على هذا التمييز ، فإنها غير صحيحة . ليس صحيحاً أن المقاصة لا تجوز في الوديعة الناقصة ، فإذ كانت ملكية الشيء انتقلت إلى المودع عنده وأصبح الشيء ديناً في الذمة بالمقاصة جائزة ، وهي لم تمتنع في الوديعة العادية إلا لأن الشيء المودع احتفظ بذاتيته ولم تنتقل ملكيته إلى المودع عنده بل وجب على هذا رده بعينه . وليس صحيحاً أيضاً أن الفوائد تسرى في الوديعة الناقصة من وقت الإعذار ، فإدام المصرف قد انتقلت إليه ملكية النقود وأصبح مديناً بها ، فالفوائد لا تسرى إلا من وقت المطالبة القضائية بها ، والنص الذي يقضى بذلك (م ٢٢٦ مدني) عام لا يميز بين الوديعة الناقصة والقرض . وليس صحيحاً كذلك أن جريمة التبيد ترد في الوديعة الناقصة ولا ترد في القرض ، إذ هي لا ترد في الحالتين ، ففيهما يصبح من تسلم النقود أو الأوزاق المالية مالِكاً لها ومديناً بردها ، ولا يتصور أن يبدد ملكه^(٢) .

والصحيح إذن أنه لا محل للتمييز بين الوديعة الناقصة والقرض^(٣) . فإدام

(١) بودوي وقال في الوديعة فقرة ١٠٩٤ - قال في تعليقه في سريه ٩١ - ١ - ٢٧٤ -
 پلانول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٩ ص ٤٩٩ - پلانول وريبير وبولانيه ٢ فقرة ٢٨٧٠ - كولان وكايتان ودو لاموراندوير ٢ فقرة ١٢٤٣ . چوسران ٢ فقرة ١٢٧٨ -
 محمد علي مرفعة فقرة ٥٠٣ .

(٢) نقض جنائي ٢١ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجناحية ٢ رقم ٣٢٧ ص ٤٨٨ -
 نقض فرنسي ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧ دالوز الأسبوعي ١٩٣٧ - ١٨٩ - پلانول وريبير
 وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٩ ص ٤٩٩ - يضاف إلى ذلك أنه إذا ملك الشيء بسبب أجنبي في الوديعة
 الناقصة ملك على المودع منه لأن هذه الوديعة ليست إلا قرصاً ، أما في الوديعة العادية فالمالك على
 المودع (انظر في هذه المسألة وفي تفنيد النتائج الثلاث الأول محمد علي مرفعة ص ٥٠٥ - ص ٥٠٦) .

(٣) ديرانتوف فقرة ١٥ وقرة ٤٤ - جيوار فقرة ٢٠ وقرة ٢٢ - هامل في البنوك -

المودع في الوديعة الناقصة ينتقل ملكية الشيء المودع إلى المودع عنده ويصبح هذا مدينياً برده مثله ، فقد فقدت الوديعة الناقصة أهم مميز للوديعة وهو رد الشيء بعينه ، واختلطت اختلاطاً تاماً بالقرض^(١) . وهذا ما قضت به المادة ٧٢٦ ملغى فيها قلمناه .

الفرع الثاني

الوديعة الاضطرارية

(Dépôt nécessaire)

٣٨٧ — ماهي الوديعة الاضطرارية : كان المشروع التمهيدى للتقنين المبنى يشتمل على نص في الوديعة الاضطرارية ، فكانت المادة ١٠١٢ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتي : ١ - إذا كان المودع قد اضطر أن يودع الشيء درءاً لخطر نشأ عن حريق أو تهدم بناء أو نهب أو غرق أو إغارة أو ما شابه ذلك من الحوادث ، جاز له أن يثبت الوديعة بجميع طرق الإثبات مهما بلغت قيمة الشيء المودع . ٢ - ويكون للوديع في هذه الحالة أجر ، ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك . وعليه أن يبذل في حفظ الشيء عناية الرجل المعتاد ، وكل اتفاق يقصد به الحد من مسؤوليته أو الإعفاء من المسؤولية يكون باطلاً . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد

= وعمليات البنك ٢ فقرة ٧٥٤ - كولان وكايتان ودى لاموردانير ٢ فقرة ١٢٤٣ - جوسران ٢ فقرة ١٣٧٨ - محمد علي عرفة ص ٥٠٣ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت صيغة العقد أنه وديعة موضوعها مبلغ من المال ، فإنه لا يكون عقد وديعة تامة ، بل هو عقد وديعة ناقصة وأقرب إلى عارية الاستهلاك منه إلى الوديعة ، وكل ما يكون المودع فيه هو المطالبة بقيمة ماله ، وهذا حق شخصي يسقط كسائر الحقوق الشخصية بمعنى خمس عشرة سنة من تاريخ الالتزام بالرد (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٥ بمجموعة عمر ٣ رقم ٢١ ص ٤٧) . وقضت أيضاً بأن التزام المودع عنده برده الشيء بعينه عند طلبه شرط أساسي في وجود عقد الوديعة طبقاً لأحكام المادة ٤٨٢ مدني (قديم) ، فإذا انقض هذا الشرط انقضى معه معنى الوديعة (نقض جنائي ٢١ مارس سنة ١٩٣٢ المأماة ١٢ رقم ٤٧٨ ص ٩٤٤) .

وكالقرض لا تجب الفوائد في الوديعة الناقصة إلا إذا وجد اتفاق على ذلك (استئناف مخطوط ٥ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٤٢ - ٢٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٠٥ - ١٩ - ١٦ : ١٩٩٣ م ٦ ص ١٦) . وكالقرض أيضاً يكون المودع دائناً يدين في ذمة المودع عنده ، فيشترك مع سائر دائئيه اشترك التزماء (استئناف مخطوط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٨٨) .

العامه^(١) . ولما كان النص المخوف يمكن اعتباره تطبيقاً للقواعد العامة ، إذ هو يساير نية المتعاقدين مستخلصة من الظروف الاضطرابية التي تمت فيها الوديعة ، لذلك يضح العمل بأحكام هذا النص بالرغم من حذفه .

ويتبين منه أن الوديعة الاضطرابية تتعقد في ظروف يجد المودع فيها نفسه مضطراً إلى الإيداع عند الشخص الذي وجده أمامه ، فلا هو مختار في تعيين هذا الشخص ولا هو مختار في واقعة الإيداع ذاتها . فقد يدمر حادث ، كحريق أو غرق أو تهديم بناء أو نهب أو غارة جوية أو زحف عدو مغير^(٢) أو ثورة أو اضطرابات أو زلزال أو لصوص يقطعون الطريق^(٣) ، فيرى نفسه مضطراً حتى يتخذ ماله أن يودعه عند أول شخص يستطيع أن يودعه عنده^(٤) . ولكن الاضطراب هنا لا يصل إلى حد الإكراه الذي يصيب

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٦ - ص ٢٦٧ في الخامس . وقد اقترح في لجنة مجلس الشيوخ إعادة هذا النص ، ولكن اللجنة لم تر الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن في القواعد العامة ما يفي عن إبراد النص المقترح (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٧٤) .

(٢) نقض فرنسي ١٧ يولييه سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ٢٠٣ - بلانويل وريبير ورسالتانيه ١١ فقرة ١١٧٢ ص ٥٥٥ .

(٣) لم تعد المادة ١٠١٢ من المشروع النهائي المحلقة - ولا ما يقابلها في التفتين الملئ الفرنسي م ١٩٤٩ - على سبيل الحصر الأحداث التي تدعم المودع ، فكل حادث يلجئ إلى الإيداع عند أول شخص يتيسر له الإيداع عنده يمكن لجعل الوديعة وديعة اضطرابية . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في هذا الصدد : « نظر المشروع في هذه المادة إلى واقعة الوديعة الاضطرابية ، وهي التي يقوم بها الوديع في ظروف يخشى منها خطر دائم على الشيء ، فتنضطره لأن يودع الشيء على سبيل عند أول شخص يستطيع أن يكل إليه بالوديعة . وقد ذكرت بعض الظروف الاضطرابية التي تدعو إلى ذلك على سبيل المثال فقط : تهديم بناء - نهب - غرق - إغارة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٦٦ في الخامس) .

(٤) ويتطلب أن تكون هذه الحوادث حوادث تامة ، ومن أجل ذلك سمى الرومان هذه الوديعة بالوديعة التامة (depositum miserabile) (بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٨٣ ص ٦٣٤) . ولا يمكن لتكون هناك وديعة اضطرابية أن يجد المودع مشقة كبيرة في العثور على من يودع عنده مال (نقض فرنسي ١٢ أغسطس سنة ١٨٤٨ سيرييه ٤٩ - ١ - ٢٩٨ - هيك ١١ فقرة ٢٥٣ - جيوار فقرة ٢٩ - بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٨٤) ، ولا ألا يكون عند المودع الوقت الكافي للحصول على إيصال بالوديعة (بودري وقال في الوديعة فقرة ١١٨٤) . وإذا سلم أحد لأعشى النهار لشخص محظوظ بها نقود لحفظها حتى ينتهي من اللعب ، ظلمت هذه وديعة اضطرابية بل هي وديعة اختيارية لا شيء من الاضطراب فيها ، فلذا كان المهم لم ينكر تسلمه المحفظة ولكنه يقرر أنه تسلمها وردّها كما هي ، دون أن يفتتها ، فلا يمكن أن يعتبر -

الإرادة^(١) ، ومن ثم تكون الوديعة الاضطرارية حقاً صحيحاً يتكون من لإرادتين صحيحتين لإرادة المودع وإرادة المودع عنده^(٢) ، ولا يجوز إبطاله للإكراه ، ولكنه يخضع لقواعد خاصة ترتب على واقعة الاضطرار التي لم تصل إلى حد الإكراه كما سنرى^(٣) .

ويضيف الفقه الفرنسي ، ومعه القضاء في بعض الحالات ، شرطاً ثانياً للوديعة الاضطرارية ، وهو أن يكون هذا الحادث غير متوقع (imprévu) . ودفعه إلى ذلك أن لفظ "imprévu" ورد في نص المادة ١٩٤٩ مدني فرنسي التي تعدد ما هي الوديعة الاضطرارية ، فيستبعد بذلك ما كان من الحوادث متوقفاً ، كأن يودع شخص معطفه وعصاه في مخزن الأمانات وهو يدخل المسرح أو يودع سيارته في جراج الفندق أو يودع العامل ملابسه وأدوات شغله عند رب العمل^(٤) . فالمودع يتوقع الحادث الذي سيضطره إلى الإبداع وينساق إليه مختاراً ، فلا تكون الوديعة اضطرارية^(٥) . ولكن

= اعترافه هذا مبدأ أثبت بالكتابة مجزأ لإقامة الدليل بالبينة على مقدار ما كان بها من التقود (نقص جنال ٧ مايو سنة ١٩٣١ مجموعة صر الجنائية ٢ رقم ٢٥٩ ص ٣٢٣ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٥ ص ٤٤٢ هامش ١) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٤٣ .

(٢) لوران ٢٧ فقرة ١٣٢ - هيلك ١٩ فقرة ٢٥٣ - پون ١ فقرة ٥١٥ - جيوار فقرة ١٢٢ - بودرى وفال في الوديعة فقرة ١١٨٢ ص ٦٣٤ - أوبري ورويسان فقرة ٤٠٥ ص ١٨١ هامش ١ - پلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٨٦٠ - محمد علي عرفة ص ٥٠٧ . (٣) انظر مايلي فقرة ٣٨٨ - وهناك نوع من الأمانة نص عليه التفتين المدني العراقي ، وهو ليس بعقد إذ أن إرادة صاحب الشيء ليست مضغوطة عليها عن طريق الاضطرار ، بل هي مطلوبة أصلاً . ويتحقق ذلك إذا فقد الشيء صاحبه ، فشر عليه شخص واستيقاه في يده على سبيل الأمانة ، على أن يرده لصاحبه بمجرد أن يعرفه . وقد نصت المادة ٩٧٤ مدني عراقي في هذا الصدد على أنه « ١ - إذا وجد شخص شيئاً ضائعاً فأخذه على سبيل التملك ، كان غاصباً ووجب عليه الضمان إذا هلك ولو بدون عمد . ٢ - أما إذا أخذه على أن يرده لمالكه ، كان أمانة في يده ، ووجب تسليمه لئلا يفقد وفقاً للإجراءات التي يقرها القانون » .

(٤) نقص فرنسي ٢٤ يولييه سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٤١ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ١٦ - باريس ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٣٢٣ - السين ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٩ جازيت دي پاليه ٧ مارس سنة ١٩٠٠ - ١٦ أبريل سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩١٠ - ٥ - ١٢ .

(٥) بودرى وفال في الوديعة فقرة ١١٨٣ - فقرة ١١٨٤ - پلانيول وريبير وصافتييه ١١ فقرة ١١٧٢ - چوسران ٢ فقرة ١٣٦٩ .

هذا الشرط الثاني لم يجمع عليه القضاء الفرنسى ، وقد تجاوز عنه في غير الأمثلة المتقدمة^(١) ، وبخاصة في ودعة الفنادق والمخانات وهي صورة من صور الودعة الاضطرارية حيث أدرج التقنين المدني الفرنسى هذه الودعة في المكان الذى خصصه للودعة الاضطرارية ، وصرح في المادة ١٩٥٢ منه بأنها ودعة اضطرارية . أما التقنين المدني المصرى فلم يورد نصاً في الودعة الاضطرارية اكتفاء بالقواعد العامة كما قلنا ، والنص المخوف في المشروع التمهيدى وهو تطبيق القواعد العامة لم يورد شرط عدم توقع الحادث ، وعلى العكس من ذلك أشار نص مخوف آخر كما سنرى^(٢) إلى أن ودعة الفنادق والمخانات هي صورة من صور الودعة الاضطرارية . وعلى ذلك يجب التسليم في القانون المصرى بأن الحادث الذى ألحاً المودع إلى الإيداع في الودعة الاضطرارية لا يشترط فيه أن يكون غير متوقع^(٣) ، ويكفى أن يكون حادثاً اضطراراً المودع إلى الإيداع كما سبق القول .

٣٨٨ - المؤطام الخاصة بالودعة الاضطرارية : وترتب على أن المودع قد اضطر إلى الإيداع أحكام خاصة ، أوردها النص المخوف ، وفصلها المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فيما يلى :

أولاً - اعتبار حالة الودعة الاضطرارية استثناء من قاعدة الإثبات بالكتابة فيما تجاوز قيمته عشرة جنيهات ، وذلك لوجود المانع من الاستحصا على كتابة وقت الإيداع ، فيجوز فيها الإثبات بجميع الطرق ولو زادت قيمة

(١) فاعتبر ودعة اضطرارية إيداع التازل في مصحة أمنت في إدارة المصحة (ليون) ٢٣ يولييه سنة ١٨٩٧ (دالوز ٩٧ - ٢ - ٢٤٣) ، وإيداع المقاول الأدوات اللازمة للعمل في مكان البناء (موليليه ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩٠٩ - ٢ - ٧٥) ، وإيداع الشخص ملبسه وهو يتأهب لعب في ناد ويافى (السين ١٦ باير سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعى ١٩٢٧ - ٥٠٤ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعى ١٩٣٢ - ٣) ، وإيداع المستأجر دراجه في جراج مشترك في البهارة وكان عند الإيجار يقضى عليه بذلك (باريس محكمة السلع ٣ نوفمبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٦ - ٥ - ٢٥ - انظر عكس ذلك بودرى وفال في الودعة فترة ١١٨٤ مكررة) .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٣٨٩ في الماخذ .

(٣) انظر عكس ذلك وأن الحادث يشترط فيه أن يكون غير متوقع عند على حرقه

الوديعة على عشرة جنهات . ولكن متى ثبت حصول الوديعة الاضطرارية بأى طريق من طرق الإثبات ، تتبع القواعد العامة فيها يتعلق برد الوديعة^(١) .
ثانياً - أن يكون الأصل فى الوديعة الاضطرارية ، خلافاً للوديعة الاختيارية ، استحقاق المودع عنده للأجر ، فهذه هى نية المتعاقدين المقرضة ، مالم يقض الاتفاق أو العرف بأن تكون الوديعة غير مأجوره^(٢) .

ثالثاً - أن تكون العناية الواجبة على المودع عنده فى الوديعة الاضطرارية هى عناية الشخص المعتاد ، ولو كانت الوديعة بغير أجر فيزيد مقدار العناية المطلوبة من المودع عنده فى الوديعة الاضطرارية عنه فى الوديعة الاختيارية نظراً للظروف الاضطرارية التى تمت فيها الوديعة^(٣) .

رابعاً - ألا يجوز الاتفاق فى الوديعة الاضطرارية على إعفاء المودع عنده من المسئولية ولا تخفيف هذه المسئولية عنه ، وذلك لأن كل اتفاق من هذا النوع يشوبه الإكراه من جانب المودع عنده^(٤) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا سلم شخص إلى شخص آخر له به صلة عمل ، عند ميتهما مأى فى غرفة واحدة بإحدى القرى ، مامعه من النقود ليحفظه لديه إلى الصباح ، فأغلقها التسلم وفر ، فسلمه هذا يتبر خيانة أمانة . ومضى ثبت أن إيداع المئى عليه فقوقه لدى المائى كان إيداعاً اضطرارياً ألجأته إليه ظروف كارثة ، فن الجائز إثبات حصوله بالبنية مهما كانت قيمة الوديعة (نقض جناتى ٢٠ مايى سنة ١٩٣٥ مجموعة من الخاتمة ٣ رقم ٣٧٨ ص ٤٨١) - وانظر م ١٩٥٠ مدنى فرنسى - بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١١٨٥ - پلانول وريبير وسافانييه ١١ فقرة ١١٧٢ - محمد عل عرقه ص ٥١٠ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٥ ص ٤٤٠ . ويجوز الإثبات بجميع الطرق ، لا بالنسبة إلى واقعة الإيداع وحدها ، بل أيضاً بالنسبة إلى ماهية الشيء المودع وتمت (بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١١٨٥ - أوبرى ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٥ ص ١٨٢ - پلانول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٨٦٣) . ومن باب أول يجوز الإثبات بالإقرار ، وفى هذه الحالة لا يتجزأ الإقرار طبقاً للقواعد العامة المقررة فى هذا الشأن (نقض فرنسى ١٩ فبراير سنة ١٨٧٨ سيريه ٧٨ - ١ - ٣١٢ - أوبرى ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٥ ص ١٨٢) . ويجوز تقويمه اليقين النسبة إلى المودع عنده لاستكمال أى دليل ولو غير كتابى فيما تزيد قيمته على عشرة بنينيات (نقض فرنسى ٨ مارس سنة ١٩٢٦ دالوز للأسبوعى ١٩٢٦ - ٢٠٢ - محمد عل عرقه ص ٥١٠) .

(٢) محمد عل عرقه ص ٥٠٩ .

(٣) قارن محمد عل عرقه ص ٥٠٩ .

(٤) ٢١ أكتوير سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٥٠ - ٧٥٩ - السنين ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ جازيت دى پاليه ١٩٥٠ - ١ - ٢٩٩ - وفيما عدا هذه الأحكام تسرى أحكام

الفرع الثالث

الوديعة في الفنادق والحانات

(Dépôt d'hôtellerie)

٣٨٩ — نصوم قانونية : تنص المادة ٧٢٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ — يكون أصحاب الفنادق والحانات وما مائلها ، فيما يجب عليهم من حناية بحفظ الأشياء التي يأتي بها المسافرون والزلاء ، مسئولين حتى عن فعل المرددين على الفندق أو الحان .

٢ — غير أنهم لا يكونون مسئولين ، فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثينة ، عن تعويض يجاوز خمسين جنياً ، ما لم يكونوا قد أدخلوا على عاتقهم حفظ هذه الأشياء وهم يعرفون قيمتها ، أو يكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يسلموها عهدلة في ذمتهم ، أو يكونوا قد تسببوا في وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم أو من أحد تابعيهم .

وتنص المادة ٧٢٨ على ما يأتي :

١ — على المسافر أن يحظر صاحب الفندق أو الحان بسرقة الشيء أو ضياعه أو تلفه بمجرد علمه بوقوع شيء من ذلك ، فإن أبطأ في الإخطار دون مسوغ سقطت حقوقه .

٢ — وتسقط بالتقادم دعوى المسافر قبل صاحب الفندق أو الحان ، بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذي يقادر فيه الفندق أو الحان ^(١) .

== الوديعة المادية فيما لا يتعارض مع هذه الأحكام الخاصة . وانظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في مجموعة الأعمال التحضيرية = ص ٢٦٦ — ص ٢٦٧ في الهامش .

(١) تاريخ النص :

٧٢٧ م : ورد هذا النص في المادة ١٠١٣ من المشروع النهائي ، وكانت الفقرة الأخيرة من نص المشروع مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد . أما الفقرة الأولى فكانت في المشروع النهائي مكونة من فقرتين كل الوجه الآتي : ١ — تسري أحكام المادة السابقة (أي أحكام الوديعة الاضطرارية) أيضاً على وديعة الأشياء التي يأتي بها المسافرون والزلاء في الفنادق والحانات والبنسونات التي يقيمون فيها . ٢ — ويكون أصحاب الفنادق والحانات ، فيما يجب عليهم من حناية بحفظ هذه الأشياء ، ملاحظتها ، مسئولين حتى عن فعل كل رافع أو غاد في الفندق أو الحان . =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني القديم المادة ٤٨٩/٥٩٨^(١).

= وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى من المشروع. انتهى لتصلها بمادة مخوفة هى المادة التى تبين أحكام الوديعة الاضطرارية ، فأصبحت المادة بذلك مكونة من فقرتين ، ووفق عليها تحت رقم ٧٥٩ فى المشروع الباقى . وفى لجنة الشؤون التشريعية مجلس النواب استقر على الحكم فيما إذا حلق صاحب الفندق إعلاناً يعنى فيه نفسه من المسؤولية ، فأجيب بأنه إذا كان الإعلان صريحاً فى الإعفاء من المسؤولية وفى مكان ظاهر يراه الزيل ولم يتعرض عليه ، فإن صاحب الفندق لا يكون مسئولاً حتى عن التمييز الخفيف ، لأن شرط الإعفاء من المسؤولية جائز فى هذه الحالة طبقاً للمادة ٢٢٤ فقرة ثانية من المشروع . ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٧٥٨ ، ثم وافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « المترددين على » بعبارة « كل غاد ورائع » الواردة فى آخر الفقرة الأولى ، وحذف لفظ « البنسيونات » وحل محله عبارة « وما مائلها » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد وصار رقمه ٧٢٧ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٦٨ - ص ٢٧١) .

م ٧٢٨ : ورد هذا النص فى المادة ١٠١٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثانية من المشروع كانت تتبنى بالمباراة الآتية : « بالانقضاء ستة أشهر من اليوم الذى ينكشف فيه الضياع أو التلف » ، وفيما عدا أن « الخان » لم يقرن مع « الفندق » فى المشروع . وفى لجنة المراجعة عدلت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية على الوجه الآتى : « بالانقضاء ستة أشهر من اليوم الذى ينادره فيه الفندق أو الخان » . ليكون الأمر محدوداً ، وأضيفت عبارة « أو الخان » بكلمة « الفندق » فى كل من الفقرتين ، فأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصادر رقمه ٧٦٠ فى المشروع الباقى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٧١ - ص ٢٧٤) .

(١) التقنين المدنى القديم م ٤٨٩/٥٩٨ : حافظ الوديعة الذى يأخذ أجره بسبب الأحوال التى ترتب عليها الإيداع كصاحب خان أو أمين النقل أو نحوها ضامن لهلاك الوديعة ، إلا إذا أثبت أن الهلاك حصل بسبب قوة القاهرة .

(وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق من حيث المبدأ مع أحكام التقنين المدنى الجديد . ويبدو أن عبارة التقنين المدنى القديم فيما يتعلق بتحديد نطاق المودع عندئذ أوسع من عبارة التقنين المدنى الجديد ، فهى تشمل كل حافظ وديعة يأخذ أجره بسبب الأحوال التى ترتب عليها الإيداع كصاحب خان أو أمين النقل أو نحوها . ثم إن التقنين المدنى القديم صريح فى عدم إعفاء المودع عنه من المسؤولية إلا بإثبات القوة القاهرة . أما فى التفاصيل فيختلف التقنين المدنى القديم عن التقنين المدنى الجديد ، فيما يأتى : (١) حدد التقنين المدنى الجديد مسؤولية المودع عنه من الأشياء الثينة بمبلغ خمسين جنياً ، ولم يرد هذا التحديد فى التقنين المدنى القديم . (٢) أوجب التقنين المدنى الجديد على المسافر الإخطار وإلا سقطت حقوقيه ، ولم يرد ذلك فى التقنين المدنى القديم . (٣) حدد التقنين المدنى الجديد مدة التقادم بستة أشهر من يوم مغادرة الفندق ، ولم يحدد التقنين المدنى القديم مدة خاصة للتقادم ولكن الظاهر أن مسئولية المودع عنه تسقط بعد مدة كافية على أساس لزوم غنى من المودع عن حقه) .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٦٩٣ - ٦٩٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٧٢٧ - ٧٢٨ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٩٧٢ - ٩٦٣ - ولا مقابل لها في تقنين الموجبات والعقود اللبناني^(١).

ونخلص من هذه النصوص أن أصحاب الفنادق وما مائلها معرضون لمسئولية جسيمة عن الودائع التي يأتي بها الزلاء إلى الفندق^(٢). وتظهر جسامه هذه المسئولية من وجهين : (١) التوسع في معنى الوديعة ، فأى شيء يأتي به الزميل معه في الفندق يعتبر مودعاً عند صاحب الفندق ولو لم يسلم إليه بالذات^(٣). (٢) التوسع في المسئولية ، فالوديعة في الفندق تكون في حكم الوديعة الاضطرارية ، وتسرى عليها أحكام هذه الوديعة من حيث الأجر والإثبات والمسئولية والاتفاق على تعديلها ، وهي الأحكام التي تخص بها الوديعة الاضطرارية . أما من حيث الأجر ، فوديعة الفندق مأجورة ، والأجر يدخل ضمن ما يدفعه الزميل لصاحب الفندق عن إقامته . بقي الإثبات والمسئولية والاتفاق على تعديلها ، فهذه تسرى فيها أيضاً أحكام الوديعة الاضطرارية ، بل إن المسئولية هنا أشد جسامه منها في الوديعة الاضطرارية^(٤).

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٩٣ - ٦٩٤ (مطابقتان - دعوى المسئولية عن الأشياء الثابتة خسارة ليرة سورية) .

التقنين المدني الليبي م ٧٢٧ - ٧٢٨ (مطابقتان) .

التقنين المدني العراقي م ٩٧٢ - ٩٧٣ (مواقتان فيما عدا أن دعوى الزميل في التقنين العراقي لا تسمح بعد ثلاثة أشهر من اليوم الذي يتكشف فيه أمر السرقة أو الضياع أو التلف) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني لا مقابل .

(٢) ويطلق بعض الفقهاء على وديعة الفنادق اسم « الوديعة الجارية » ، لأنها تقع بطبيعة الحال ، والرف هو الذي قضى بها ، ولأنها عادة يومية (انظر محمد كامل مرسى - فقلاً من أحد فني زعلول - ص ٤٤٢ وهامش ٢) .

(٣) بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٥ مكررة ص ٥٢٥ .

(٤) بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٥ مكررة ص ٥٢٥ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع اتهمدي : « يعتبر من قبيل الوديعة الاضطرارية وديعة الأشياء التي يأتي بها المسافرين والزلاء في الفنادق والحانات والبستونات التي يقبضون فيها . ولذلك نصت المادة ١٠١٣ فقرة أول على أنه تطبق عليها أحكام المادة ١٠١٢ (أحكام الوديعة الاضطرارية) » .

ومن ثم وجب أولاً أن نحدد في دقة نطاق الوديعة في الفنادق والمخانات التي تسرى عليها هذه الأحكام المشددة . ونبحث بعد ذلك الإثبات ، والمسئولية ، والاتفاق على تعديلها .

٣٩٠ - نطاق الوديعة في الفنادق والمخانات : لتحديد هذا النطاق نبين أموراً ثلاثة : (١) المودع عنده . (٢) الأشياء المودعة . (٣) كيف يكون الإيداع .

١ - المودع عنده : يبدو أن التقنين المدني الجديد ، في تحديده للمودع عنده ، توسط بين التقنين المدني القديم والتقنين المدني الفرنسي . فالتقنين المدني القديم يشمل بعبارة مطلقة كل حافظ وديعة « يأخذ أجره بسبب الأحوال التي ترتب عليها الإيداع كصاحب خان أو أمين النقل أو نحوهما » (م ٤٨٩/٥٩٨) . والتقنين المدني الفرنسي يقصر عبارته على أصحاب المخانات والفنادق (aubergistes ou hôteliers) (م ١٩٥٢) . أما التقنين المدني الجديد فيقول « أصحاب الفنادق والمخانات وما مثلها » (م ٧٢٧) . والمائلة هنا ، فيما نرى ، ليست كما ذهب إليه التقنين المدني القديم في أن المودع عنده « يأخذ أجره بحسب الأحوال التي ترتب عليها الإيداع » فيدخل صاحب الفندق أو الخان وأمين النقل ومخازن الأمانات في المحطات والمحاركة والمسارح والملاعب والنوادي الرياضية وكابينات الاستحمام كما ذهب بعض الفقهاء^(١) ، فالوديعة في هذه الأحوال ، وإن كانت وديعة اضطرارية تسرى عليها أحكامها ، ليست بوديعة الفندق . وإنما المائلة تكون فيها يميز الفندق والخان ، لا من ناحية اضطرار المودع أن يحضر أشياء معه فحسب ، بل أيضاً من ناحية أن المودع يقيم في الفندق إقامة مؤقتة ويغلب أن ينام فيه ليلة أو أكثر ، فيرى نفسه مضطراً أن يترك أمتهمة مدة غير قصيرة دون أن يلازمها فتبقى في حراسة

= سواء فيما يتعلق بالإثبات أو بزيادة العناية المطلوبة من الوديع أو بعدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية أو تخفيفها . وبناء على ذلك يجوز للمسافر أن يثبت حيازته للأشياء التي يدهي سرقها من غرفته بمجيب طرق الإثبات ، ولا يترتب أي أثر على الإعلان الذي يطلعه صاحب الفندق في الغرف لإخطار النزلاء ، بأنه يخل بمسئوليته من فقد الأشياء التي يحملونها معهم (انظر المادة ٢٢٦٦ من التقنين الأرجنتيني) ، كما يقع باعلاكل اتفاق على الإعفاء من هذه المسئولية . (مجموعة الآمال الحضرية • ص ٢٤٢) .
(١) محمد علي عرفة ص ١١١ - ص ١٢ .

صاحب الفندق والفندق يردد عليه الكثير من الناس ، فيجب أن تمتد الحراسة لا فحسب إلى خدم الفندق وموظفيه بل أيضاً إلى كل رائح أو غاد في الفندق . وعلى ذلك لا يجوز التوسع في تحديد المودع عنده كما فعل التقنين المدني القديم ، ولا التصديق في هذا التحديد كما فعل التقنين المدني الفرنسي .

فيكون مودعاً عنده في معنى النص صاحب الفندق وكل مكان يزل فيه المسافرون كالحانات والوكالات^(١) . وتدخل «الهنسيونات» ، وكانت مذكورة بالنص في المشروع التمهيدى ثم حلت محلها عبارة «وما مائلها»^(٢) ، كاتدخل الغرف المفروشة^(٣) . وتدخل كذلك عربات النوم في السكك الحديدية^(٤) ،

(١) وليس من الضروري أن يقدم الفندق الطعام للزيل (هيك ١١ فقرة ٢٥٦ - فقرة ٢٥٧ - جيوار فقرة ١٣٥ - فقرة ١٣٦ - بودرى وقال في الودية فقرة ١٢٣٨ ص ١٦٢) - ولا أن يتم الزيل في الفندق في أثناء الليل ، فإدام الفندق ممدداً لتسبب فيكون أن يزل فيه للمسافر ولو لساعات معدودة . يترجى فيها أو يقوم بمحاطته في البلد الذي فيه الفندق - أما إذا أودع شخص أشياء في فندق لا يبيت فيه لتسليمها إلى شخص آخر ، فهذه ودية مادية (أوبرى وور وإسان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٢ هامش ٢) .

(٢) أنظر أيضاً فقرة ٣٨٩ في الهامش .

(٣) هيك ١١ فقرة ٢٥٦ - فقرة ٢٥٧ - جيوار فقرة ١٣٥ - فقرة ١٣٦ - بودرى .

وقال في الودية فقرة ١٢٣٨ - أوبرى وور وإسان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٢ هامش ١ - محمد علي حرفة ص ٥١١ - وتدخل الغرف المفروشة والهنسيونات والفنادق ولو أقام فيها الزيل شهراً أو أكثر (السين ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٦ جازيت دي تريبيون ٦ أكتوبر سنة ١٨٩٦ - هيك ١١ فقرة ٢٥٦ - فقرة ٢٥٧ - بودرى وقال في الودية فقرة ١٢٣٨ ص ١٦٢ - عكس ذلك بيدان ١٢ فقرة ٢٨١ - جوسران ٢ فقرة ١٣٧٤ - محمد علي حرفة ص ٥١٣ - وانظر أنيسكونيدي دالوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٢٦٤) - وذهب الفقه والقضاء في فرنسا إلى أنه لو استأجر المقيم في بلد غرفة في فندق أو غرفة مفروشة في نفس البلد الذي يقيم فيه ، لم يكن «مسافراً» (voyageur) ، فلا يطبق عليه النص (نقض فرنسي ٢٥ يونيو سنة ١٩١٣ سيرة ١٩١٣ - ١ - ٤٨٧ -

٢٨ أبريل سنة ١٩٣٩ سيرة ١٩٣٩ - ١ - ٢٥٥ - ليون ١٢ يولي سنة ١٩٠٤ سيرة

١٩٠٤ - ٢ - ٣٥٥ - باريس ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٤ جازيت دي پاليه ١٩٣٤ - ١ -

٨٤٣ - السين ١٩ يونيو سنة ١٩٤٤ جازيت دي پاليه ١٩٤٤ - ٢ - ٩٥ - ١٩ أبريل

سنة ١٩٤٨ جازيت دي پاليه ١٩٤٨ - ٢ - ١٩ - بودرى وقال في الودية فقرة ١٢٤٠ -

أوبرى وور وإسان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٢ هامش ١ - بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة

١١٨٦ - كولان وكابتان ودي لاموراندبير ٢ فقرة ١٢٤٥ - وانظر عكس ذلك هيك ١١ فقرة

٢٥٦ - فقرة ٢٥٧ - جيوار فقرة ١٣٦) . أما في مصر فيبدو أن في هذا تطبيقاً لا محل له ،

وفي نص المادة ٧٧٧ مدني مصري متسع لدخول هذه الحالة فالص يشمل المسافرين والزلاء ،

ولا يقتصر على المسافرين (انظر عكس ذلك محمد علي حرفة ص ٥١٣) .

(٤) محمد علي حرفة ص ٥١١ .

وكاينيات المفن ، والمستشفيات والمصحات^(١) . أما إذا أجر شخص غرفة مفروشة في مسكنه الخاص لشخص آخر اختاره بطريق التوصية أو الصلة الشخصية ، لم يدخل ذلك في حكم النص^(٢) .

ولا تدخل المطاعم ولا المقاهي^(٣) ، وقد منّا كذلك أنه لا يدخل أمناء النقل ومخازن الأمانات في المحطات والمحاركة والمسارح والملاعب والنادي الرياضية وكاينيات الاستحمام^(٤) .

٢ - الأشياء المودعة : يقول النص في تحديدها : « الأشياء التي يأتي بها المسافرين والزلاء » . فيشمل ذلك كل ما يأتي به الزيل من حقائب وأمتعة وملابس^(٥) ونقود ومجوهرات وأوراق مالية^(٦) ومستندات وبضائع^(٧) .

(١) انظر عكس ذلك في فرنسا نفوس فرنسي ٣ فبراير سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٦ - ١ - ١٦٥ - بودري وقال في الوديمة فقرة ١٢٤٦ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٦ ص ٥٢٧ (عربات النوم) ، ومع ذلك يذهب رأي في فرنسا إلى أن الميادة الخاصة للطبيب حيث تقم المرضى للعلاج تعتبر في حكم الفندق (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٦ ص ٥٢٧) .

(٢) الإسكندرية المنطقة ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣١٨ - بودري وقال في الوديمة فقرة ١٢٣٩ ص ٦٦٣ - محمد علي عرفة ص ٥١١ .

(٣) هيك ١١ فقرة ٢٥٨ - بون ١ فقرة ٥٢٨ - جيوار فقرة ١٣٩ - بودري وقال في الوديمة فقرة ١٢٤١ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٦ ص ٥٢٦ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٨٧٧ - چوسران ٢ فقرة ١٣٧٤ .

(٤) بودري وقال في الوديمة فقرة ١٢٤٢ وما بعدها - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٦ ص ٥٢٧ - محمد علي عرفة ص ٥١٢ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٧ ص ٤٤٥ .

(٥) هيك ١١ فقرة ٢٦١ - جيوار فقرة ١٤٢ - بودري وقال في الوديمة فقرة ١١٩٠ ص ٦٣٩ .

(٦) لوران ٢٧ فقرة ١٥٥ - هيك ١١ فقرة ٢٦١ - جيوار فقرة ١٤٠ - بودري وقال في الوديمة فقرة ١١٩٠ .

(٧) جيوار فقرة ١٤٢ - بودري وقال في الوديمة فقرة ١١٩٠ ص ٦٤٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٧ ص ٥٢٩ .

وتدخل السيارة^(١) التي يأتي بها النزيل ويودعها في جراج الفندق أو في فناءه ، والدراجة^(٢) وغيرها من وسائل النقل .

٣- كيف يكون الإيداع : والمادة أن يكون الإيداع لا بتسليم الأشياء للمودع عنده شخصياً^(٣) ، بل بوضعها في الغرفة التي يأوي إليها النزيل أو في أي مكان آخر يخصص لذلك^(٤) . وقد يتم الإيداع قبل ذلك ، كما إذا تلقى مندوب الفندق المسافر في المحطة وأخذ حقيبته لتوصيلها إلى الفندق فن هلم الوقت تبدأ مسئولية صاحب الفندق^(٥) . وقد يأتي النزيل ، بعد أن يقيم في الفندق ، بأمتعة أخرى يضيفها إلى الأمتعة الموجودة ، أو على العكس من ذلك يرسل بأمتعة إلى الفندق تسبقه قبل قدومه فتشمل مسئولية صاحب الفندق هذه الأمتعة جميعاً^(٦) . ولكن يجب أن تدخل الأمتعة الفندق برضاء صاحب الفندق أو أحد أتباعه ، أو في القليل دون معارضة منه^(٧) . أما الأمتعة التي يتركها النزيل في الفندق بعد مغادرته إياه أمانة عند صاحب الفندق ، حتى لو عاد النزيل بعد ذلك إلى الفندق ، فهذه لا يكون صاحب الفندق مسئولاً عنها إلا طبقاً للقواعد العامة^(٨) .

(١) نقض فرنسي ١٦ يولي سنة ١٩٤٦ J.C.P. ١٩٤٦ - ٢ - ٢٧٥ - جرينيل ٣ فبراير سنة ١٩٤٧ جازيت دي پاليه ١٩٤٧ - ٢ - ٢٧٥ - پلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١١٨٧ ص ٥٢٩ - محمد علي حرقه ص ٥١٤ .

(٢) بودري وقال في الودبة فقرة ١١٩١ - پلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١١٨٧ ص ٥٢٩ .

(٣) هيك ١١ فقرة ٢٦٠ - بون ١ فقرة ٥٣٠ وما بعدها - جيوار فقرة ١٤٤ - بودري وقال في الودبة فقرة ١١٩٨ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٤ وحامش ٦ - پلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١١٨٧ ص ٥٢٨ - وقد جرت العادة ألا يأخذ النزيل من صاحب الفندق إلا صلاً يتسلم الحقايب والأشياء التي أتى بها معه ، ولذلك جاز له الإلتزام بجميع الطرق وفيها البيئة والقرائن كما سئى .

(٤) ولو كان في مخازن الفندق أو في ردهاته أو في غير ذلك من الأسكنة (استثناء مخطط ٦ يونيو سنة ١٨٩١ م ٦ ص ٣٢٦) .

(٥) هيك ١١ فقرة ٢٦٠ - بودري وقال في الودبة فقرة ١١٩٥ - محمد علي حرقه ص ٥١٣ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٦ ص ٤٤٣ .

(٦) بودري وقال في الودبة فقرة ١١٩٦ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٨ ص ٤٤٥ .

(٧) بودري وقال في الودبة فقرة ١١٩٩ - پلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١١٨٧ ص ٥٢٨ .

(٨) نقض فرنسي ١٠ يناير سنة ١٨٣٣ ميريه ٢٢ - ١ - ٩١ - السين ٢١ يناير -

٣٩١ - **المبانيات** : وعبء إثبات الإيداع يقع على النزيل^(١). وله أن يثبت ، طبقاً للقواعد التي قررناها في الوديعة الاضطرارية ، واقعة الإيداع وماهية الأشياء المودعة ومقدارها وقيمتها وأنها تلفت أو ضاعت أو سرقت في أثناء الإيداع بجميع الطرق ، ويدخل في ذلك البينة والقرائن^(٢). ويدخل القاضى في اعتباره عند تقدير الأدلة مركز النزيل ومكانته وثروته واحتمال صدق ما يدعيه وحالة الفندق من ناحية الضبط والنظام وما إلى ذلك من الظروف^(٣). ويجوز توجيه الإيـمين المتضمنة إلى النزيل لاستكمال الدليل ، حتى فيما تزيد قيمته على عشرة جنيهات^(٤).

أما عبء إثبات نفي المسؤولية فيقع على عاتق صاحب الفندق^(٥) على ما سئرى.

٣٩٢ - **المسؤولية** : رأينا أن المودع عنده في الوديعة الاضطرارية مسئول دائماً مسئولية المودع عنده المأجور ، فيجب عليه في حفظ الأشياء المودعة بذل عناية الشخص المعتاد . ولكن مسؤولية صاحب الفندق وما مثله أشد من ذلك ، فهو مسئول في العناية « بحفظ الأشياء التي يأتى بها المسافرين

سنة ١٩٣٦ جازيت دى تريبينو ٩ أبريل سنة ١٩٣٦ - هيك ١١ فقرة ٢٥٨ - جيوار فقرة ١٤١ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٢٠٢ - أوبرى ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٢ هامش ٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٧ ص ٥٢٩ .

(١) بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٢٢٩ ص ٦٥٨ .

(٢) جيوار فقرة ١٤٨ - بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٢٢٩ ص ٦٥٨ و فقرة ١٢٣١ - أوبرى ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٨ ص ٥٢٩ - ولا يطالب النزيل بإثبات أنه هو المالك للأشياء التي أودعها ، وفقاً للقواعد المقررة في الوديعة العادية (بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٢٣٠) .

(٣) بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٢٢٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٨ ص ٥٢٩ - بلانيول وريبير وبولانجه ٢ فقرة ٢٨٧٢ - محمد على عرفة ص ٥١٦ - إكس ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٢ - ٥ - ١٠ - للسين ١٧ مارس سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٦ - ٥١ - ٥ .

(٤) نقض فرنسي ٨ مارس سنة ١٩٢٦ سريه ١٩٢٦ - ١ - ٥٣ - للسين ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤١ جازيت دى باليه ١٩٤٢ - ١ - ٦٦ - أوبرى ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٤ - محمد على عرفة ص ٥١٦ .

(٥) بودرى وقال في الوديعة فقرة ١٢٣١ .

والنزلاء - كما تقول الفقرة الأولى من المادة ٧٢٧ مدني فيما رأينا - حتى عن فعل المترددين على الفندق أو الخان^(١) . فيجب عليه إذن ، ليس فحسب بذل عناية الشخص المعتاد ، بل أيضاً مراقبة أتباعه من خدم وموظفين^(٢) ، بل ومراقبة المترددين على الفندق من غاد ورائح^(٣) . وهؤلاء ليسوا من أتباعه ، وهو في الأصل غير مسئول منهم ، بل يعتبر الفعل الصادر منهم فعل الغير ، وفعل الغير سبب أجنبي من شأنه أن ينشئ المسؤولية . ولكن هنا يكون صاحب الفندق مسئولاً عن فعلهم^(٤) ، من سرقة أو حريق أو إتلاف أو إضاعة أو غير ذلك ، فيكون إذن مسئولاً إلى هذا الحد عن السبب الأجنبي^(٥) . وعلى ذلك إذا أثبت النزول أن الأشياء التي أودعها الفندق على النحو الذي بيناه قد ضاعت أو سرقت أو احترقت أو تلفت ، كان صاحب الفندق مسئولاً عن ذلك إلا إذا أثبت أن الحادث قد وقع بخطأ النزول^(٦) أو بقوة القاهرة كزلازل

(١) الوابل ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ الجريدة القضائية ١٣٣ ص ١٧ - فيكون مسئولاً إذن من فعل خادم الفندق ، حتى لو سرق هذا أئمة النزول في وقت لا يؤدي فيه أعمال وظيفته ، وحتى لو تسلل إلى غرفة النزول بقصد السرقة (نقض فرنسي ٥ فبراير سنة ١٨٩٤ سيبريه ٩٥ - ١ - ٤١٧ - بودري وقال في الودعية فقرة ١٢٠٧) .

(٢) ويشمل الفادى والرائح ، ليس فحسب الأشخاص الآخرين النازلين في الفندق ، بل أيضاً كل من يتردد على الفندق من زوار وغيرهم ، ولو تردد الشخص على الفندق بقصد السرقة ، مادام لم يدخل غلصة عن طريق التسلل . وفي فرنسا ، كما سنرى ، تتحقق مسؤولية صاحب الفندق حتى لو تسلل السارق غلصة (لوران ٢٧ فقرة ١٤١ - هيك ١١ فقرة ٢٦١ - جيوار فقرة ١٤٥ - بون ١ فقرة ٥٣٧ - بودري وقال في الودعية فقرة ١٢٠٥ ص ٦٤٦ - أوبري دور وإسبان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٥ هامش ٧) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « غير أن الفقرة الثانية من المادة ١٠١٣ لم تكن بالنهاية التي فرضتها على الوديع المادة ١٠١٢ ، بل كلفت أصحاب الفنادق والخانات البهر على الأمانة التي يستغلونها ومراقبة كل من يروح أو يندو فيها ، فيجب عليهم مسئولين حتى عن فعل كل رائح أو غاد في الفندق أو الخان » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٧٢) .

(٤) بودري وقال في الودعية فقرة ١٢٠٥ ص ٦٤٦ - ص ٦٤٧ - ويمكن القول مع ذلك إن فعل المترددين على الفندق منسوب إلى صاحبه ، لأن هذا يجب عليه ، لا مراقبة تابعيه فحسب ، بل أيضاً مراقبة المترددين ، فيعتبر مقصراً في المراقبة (انظر في هذا المعنى بودري وقال في الودعية فقرة ١٢٠٦) .

(٥) ترولون فقرة ٢٣٧ - لوران ٢٧ فقرة ١٤٤ - بون ١ فقرة ٥٤١ - جيوار فقرة ١٥٢ - بودري وقال في الودعية فقرة ١٢١٤ وفترة ١٢١٩ - أوبري دور وإسبان ٦ -

أو غارة جوية أو ثورة أو اضطرابات أو غزو أو حرب أهلية أو حريق امتد من مكان مجاور ولا بد لصاحب الفندق فيه^(١) . ولا يمكن أن يثبت أن الحادث قد وقع بفعل الغير ، إذ يفرض عندئذ أنه وقع بفعل المترددين على الفندق وهو مسئول عن فعلهم كما قدمنا ، أو بفعل خدمه أو أتباعه وهو أيضاً مسئول عنهم . وكذلك يستطيع صاحب الفندق أن يبنى عن نفسه المسؤولية إذا هو أثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد في المحافظة على الأشياء المودعة وأن الحادث لا يمكن أن يكون قد وقع من خدمه أو أتباعه أو من المترددين على الفندق^(٢) . ويجوز

فقرة ٤٠٦ ص ١٨٧ - بلاتويل وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١١٨٩ ص ٥٣٠ - بلاتويل وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٨٧٤ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٩ - ويتر خطأ من النزول أن يترك باب غرفته مفتوحاً أو غير مغلق بالمفتاح مخالفاً في ذلك نظام الفندق ، أو يترك أشياء ثمينة في الدواب دون أن يخلقه ، ولكنه لا يكون خطأً إذا ترك حقائبه غير مغلقة ، وإذا اقترن خطأ النزول خطأ من صاحب الفندق كان هناك خطأ مشترك وتقاسم المسؤولية (انظر في كل ذلك بودرى وقال في الوديمة فقرة ١٢١٤ - فقرة ١٢١٥ وفترة ١٢١٩ - أوبرى ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٧ وهاش ١٣ - بلاتويل وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١١٨٩ ص ٥٣٠ - نقض فرنسي ١٢ أبريل سنة ١٩٢٩ ص ١٩٢٩ - ١ - ٢٣٢ - ٩ يناير سنة ١٩٤٠ ص ١٩٤٠ - ١ - ٢) . ويتر خطأ تأخير النزول في حكم خطأ النزول (بودرى وقال في الوديمة فقرة ١٢١٩) . ولكن إذا ارتكب الحادث أحد أتباع صاحب الفندق ، فإن المسؤولية تنسب في لوركان هناك خطأ في جانب النزول ، وعلى النزول ، وعلى الذي يثبت خطأ في جانبه أن يثبت أن الحادث وقع مع ذلك بفعل أحد أتباع صاحب الفندق (بودرى وقال في الوديمة فقرة ١٢١٧ - فقرة ١٢١٨ - محمد على حرفة ص ٥١٧) .

(١) أما الحريق في ذاته فلا يعتبر قوة قاهرة ، فقد يكون ناشئاً عن إهمال صاحب الفندق أو أحد أتباعه أو أحد المترددين على الفندق ، فيكون صاحب الفندق مسئولاً في هذه الحالة . أما إذا أثبت هذا الأخير أن الحريق وقع بقوة قاهرة ، كما إذا كان قد امتد من مكان مجاور ، أو أثبت أنه بذل عناية للشخص المعتاد في الوقاية من الحريق وأن الحريق لم يحدث بفعل أحد إتباعه أو أحد المترددين على الفندق ، فإنه يتخلص من المسؤولية . انظر في تخلف صاحب الفندق من المسؤولية بإثباته أن الحريق قد حدث بقوة قاهرة : نقض فرنسي ١٦ يولييه سنة ١٩٤٦ J.C.P. ١٩٤٦ (٢) ٣٣١١ (استراق سيارة النزول في الجراج ، ولا يمكن لإثبات القوة القاهرة إثبات أن الحريق بدأ نشوباً في السيارة ذاتها) - كولمار ٨ أبريل سنة ١٩٤٥ دالوز ٤٩ - ٥ - ٣٤٥ - باريس ١٧ يناير سنة ١٨٥٠ دالوز ٥١ - ٣ - ١٢٢ - لوران ٢٧ فقرة ١٤٦ - جيوار فقرة ١٤٦ - بودرى وقال في الوديمة فقرة ١٢١٢ - أوبرى ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٥ - بلاتويل وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١١٨٩ ص ٥٣١ .

(٢) وعلى ذلك إذا أثبت صاحب الفندق أن سرقة أمتعة النزول وقعت من أجنبي تسلل خلسة أو اتصل مفتاحه أو دخل غرفة النزول بطريق الكسر أو التسلق أو نهب الحائط ، -

للزبل أيضاً أن يبادئ صاحب الفندق بأن يثبت أن الحادث وقع بتقصير من هذا الأخير ، أو بفعل خدمه أو أتباعه أو بفعل المترددين على الفندق ، وعند ذلك تتحقق مسئولية صاحب الفندق . فإذا ما تحققت هذه المسئولية بوجه أو بآخر ، وجب على صاحب الفندق أن يعرض الزبل عن كل ما أصابه من ضرر وفقاً للقواعد العامة . وقد أوردت الفقرة الثانية من المادة ٧٧٧ مدني استثناء ، فقد نصت كما رأينا على أن أصحاب الفنادق « لا يكونون مسئولين ، فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة ، عن تعويض يجاوز خمسين جنياً ، ما لم يكونوا قد أخذوا على عاتقهم حفظ هذه الأشياء وهم يعرفون قيمتها ، أو يكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يتسلموها عمدة في ذمتهم ، أو يكونوا قد تسببوا في وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم أو من أحد

= فإن ذلك ينشئ مسئولية . أما في القانون الفرنسي فذلك لا ينشئ المسئولية (ترولون فقرة ٢٣٥ - لوران ٢٧ فقرة ١٤٢ - جيوار فقرة ١٤٧ - بودرى وقال في الودعية فقرة ١٢١١ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٥ - بلانيول وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١١٨٩ ص ٥٣١ - باريس ٣ مايو سنة ١٨٣١ سيرة ٣٣ - ٢ - ١٨٦ - السين ١٦ فبراير سنة ١٩٠٥ دالغوز ١٩٠٥ - ٥ - ٤٣) . ويبدو أن هذا الحكم في القانون الفرنسي يبرره أن التفتين الملقى الفرنسي ينص في المادة ١٩٥٤ منه على أن أصحاب الفنادق لا يكونون مسئولين عن السرقات التي تقع بقوة مسلحة (avec force armée) أو بقوة قاهرة أخرى . فلمكن أن يستخلص من ذلك بطريق التذليل العكسي ، أن السرقات التي لا تقع بقوة مسلحة ، ولو وقعت بطريق الكسر أو التسلل أو القرب أو المفاتيح المصطنعة ، بل ولو وقعت لا من عصابة مسلحة بل من فرد أو فردين ولو كانا يحملان سلاحاً ، يكون صاحب الفندق مسئولاً عنها (بودرى وقال في الودعية فقرة ١٢١١ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٥ - بلانيول وريبير وسالتييه ١١ فقرة ١١٨٩ ص ٥٣١) . ولما كان نص المادة ١٩٥٤ ملقى فرنسي لا يوجد ما نظيره في التفتين الملحق المصري ، لذلك لا نرى تجارة الفقه الفرنسي في هذه المسألة مع اختلاف التصور . فلابد إذن في القانون المصري من تطبيق القواعد العامة والتصور القانوني ، وظاهر أن للسيرة التي تقع من أجنبى بطريق التسلل أو التسلل أو القرب أو المفاتيح المصطنعة لا يمكن أن يقال عنها إنها سرقة وقعت من « المترددين » على الفندق حتى يكون صاحب الفندق مسئولاً عنها ، فلم يبق إلا اعتبارها قوة قاهرة تنشئ المسئولية عن صاحب الفندق (انظر قريباً من المعنى الذي نقول به في هلنسي لفظ Dépôt فقرة ٤٠ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٨ ص ٤٤٦ - وانظر عكس ذلك وأن صاحب الفندق يكون مسئولاً : محمد علي عرفة ص ٥١٧ ويستند إلى الفقه الفرنسي على اختلاف التصور كما بينا) . وانظر في التمييز في القانون الفرنسي بين الحادث الفجائي وهو حادث داخل يحصل بالهمنة ويكون صاحب الفندق مسئولاً عنه ، والقوة القاهرة وهي حادث خارجي لا يتصل بالهمنة ولا يكون صاحب الفندق مسئولاً عنه : جوسران ٢ فقرة ١٣٧٢ .

تابعهم . . والأشياء الثينة المشار إليها في النص ، فيما عدا النقود والأوراق المالية ، مثلها المجوهرات والمصاغ والأدوات الفضية والتحف النادرة والمستندات الهامة ، وبوجه عام كل شيء يغلب أن تزيد قيمته على خمسين جنياً حتى يستساغ القول بأن صاحب الفندق لا يكون مسئولاً عنه إلا في حدود خمسين جنياً فيما عدا حالات خاصة . فإذا أثبت النزاع أنه قد سلم صاحب الفندق النقود أو الأوراق المالية أو الأشياء الثينة الأخرى وأخذ هذا على عاتقه حفظها وهو يعرف قيمتها . أو أثبت أن صاحب الفندق قد رفض تسليمها عهدة في ذمته دون أن يبدى لذلك سبباً معقولاً ، أو أثبت أن الحادث قد وقع خطأ جسيم من صاحب الفندق أو من أحد أتباعه ، جاز له الرجوع بكل القيمة أيا كان مقدارها ولو زادت على خمسين جنياً . أما لم إذا استطع إثبات شيء من ذلك ، فإن صاحب الفندق لا يكون مسئولاً عن تعويض تجاوز خمسين جنياً أو القيمة الحقيقية إذا قلت هذه القيمة عن خمسين جنياً^(١) .

(١) ويرى من ذلك أن صاحب الفندق لا يكون مسئولاً ، فيما عدا حالات خاصة ، عن تعويض تجاوز خمسين جنياً ، أيا كانت الأشياء ، ثينة أو غير ثينة . فهي إذا كانت ثينة فالتعويض لا يزيد على خمسين جنياً ، وإذا كانت غير ثينة فقيمتها الحقيقية التي يوضع عنها لا تزيد على خمسين جنياً . انظر في التمييز بين الأشياء الثينة والأشياء غير الثينة بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٩ - وانظر في أن التعويض قد يجاوز الحد الأقصى الذي عينه القانون إذا أثبت النزاع خطأ في جانب صاحب الفندق أو أحد أتباعه ، فتسرى عند ذلك القواعد العامة ويجب تعويض الضرر كاملاً : نقض فرنسي ٣٠ مارس سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ٣٥١ - ٨ مارس سنة ١٩٢٦ دالوز الأسبوعي ١٩٢٦ - ٢٠٣ - ٩ يناير سنة ١٩٤٠ دالوز ١٩٤٠ - ١ - ٤٩ - ١٧ مايو سنة ١٩٥٠ جازيت دي پاليه ١٩٥٠ - ٢ - ١٣٢ - باريس ٥ فبراير سنة ١٩٣٢ دالوز الأسبوعي ١٩٣٢ - ٢٢٥ - بودري وقال في الودعة فقرة ١٢٢٤ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٦ - ص ١٨٧ - ييدان ١٢ فقرة ٢٨٣ (٣) - بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٠ ص ٥٣٢ - چوسران ٢ فقرة ١٣٧٣ - أنسكيلويدي دالوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٢٨٩ - محمد على عرفة ص ٥١٥ - ويلعب البعض في تحليل ذلك إلى أن إثبات خطأ في جانب صاحب الفندق يحمل مسئولية تقصيرية ، فيكون مسئولاً عن التعويض الكامل . ولكن الصحيح أن خطأ صاحب الفندق يبيح خطأ مقدياً إذ لا يجمع الخطأ التقصيري مع الخطأ العمدى ، وينبئ على ذلك أن التعويض ، وإن جاوز الحد الأقصى ، يجب أن يكون مقصوراً على الضرر المترفع (ييدان ١٢ فقرة ٢٨٣ (٣) - كولان وكايتان ودى لاموراندنيير ٢ فقرة ١٢٧٤ ص ٨١٤ - أنسكيلويدي دالوز ٢ لفظ ٢ Dépôt فقرة ٢٩١ - نقض فرنسي ٩ يناير سنة ١٩٤٠ دالوز ١٩٤٠ - ١ - ٤٩ - ثاني ٢١ مارس سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ٢٧٨ -) .

ونظراً لهذه المسؤولية الجسيمة التي ألغاهها القانون على صاحب الفندق ، جعل القانون له منها مخرجاً فأسقط حق الزيل في الرجوع عليه في حالتين^(١) نصت عليهما المادة ٧٢٨ مدنى فيما رأينا : (١) إذا لم يخطر الزيل صاحب الفندق بسرقة الشيء أو ضياعه أو تلفه بمجرد علمه بوقوع شيء من ذلك . فإن أبطل دون عذر مقبول في هذا الإخطار ، سقط حقه ، إذ يكون قد أضرع على صاحب الفندق الفرصة في الكشف عن المسئول عن الحادث لو تم الإخطار في الوقت المناسب^(٢) . (٢) إذا انقضت ستة أشهر من اليوم الذى يغادر فيه الزيل الفندق دون أن يطلب صاحب الفندق قضائياً بحقه ، فإن الدعوى تسقط في هذه الحالة بالتقادم . والسبب في تقصير مدة التقادم أن المشرع أراد أن يجعل صاحب الفندق في مأمن من مطالبة النازلين في فندقه بعد ستة أشهر من مغادرتهم الفندق ، وهى مدة كافية إذا انقضت دون أن يطلبه الزيل كان من حقه أن يطمئن إلى أنه غير معرض لأية مسؤولية . وقد كان المشروع التمهيدى يجعل التقادم يسرى من وقت انكشاف الضياع أو التلف ، وهو غير منضبط وقد يتأخر فطول مدة التقادم . فعدلت لجنة المراجعة النص ، وجعلت التقادم يسرى من وقت مغادرة الزيل الفندق « ليكون الأمر

== وتقول المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى : « ونظراً لهذا للتوسع في أحوال مسؤولية أصحاب الفنادق والمخانات رؤى تمشياً مع الحركة التشريعية الحديثة وضع حد أقصى لتعويض الذى يلزمون به . فنصت الفقرة الثالثة من المادة على أن يكون الحد الأقصى لما يحكم به من تعويض مبلغ خمسين جنياً ، إلا إذا وقع من صاحب الفندق أو الخان أو من أحد تابعيه خطأ جسيم ، فيلزمه تعويض الضرر بأكمله وفقاً للقواعد العامة . ويعتبر صاحب الفندق أو الخان مرتكباً خطأ جسيماً إذا تسلم الأشياء لحفظها مع علمه بقيمتها ، أو إذا رفض تسليمها دون سوء . ويترك للقاضى تقدير المسوغ ، كما يترك له تقدير الخطأ الجسيم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٧٢ - ص ٢٧٣) .

وفي فرنسا حدد قانون ١٨ أبريل سنة ١٨٨٩ (وقانون ٨ أبريل سنة ١٩١١ بالنسبة إلى الجمهوريات) التعويض بما لا يجاوز ألف فرنك ، ثم رفع قانون ١٨ سبتمبر سنة ١٩٤٨ هذا المقدار إلى عشرين ألفاً من الفرنكات .

(١) وهذا عدا تحديد مسؤولية صاحب الفندق عن التعويض بما لا يجاوز خمسين جنياً ، فهذه وجوه ثلاثة خفف فيها المشرع على صاحب الفندق في مقابل التشديد في مسؤوليته .

(٢) محمد على حرفة ص ٥١٩ .

محدداً^(١) كما جاء في الأعمال التحضيرية^(٢).

٣٩٣ - الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية : ويجوز الاتفاق على تشديد قواعد المسؤولية ، بالرغم مما هي عليه من شدة ، فيجوز الاتفاق مثلاً على ألا يتخلص صاحب الفندق من المسؤولية إلا إذا أثبت القوة القاهرة ، ولا يكفي أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد وأن الحادث لم يقع من أجل تابعيه أو من أحد المترددين على الفندق . بل يجوز الاتفاق على تحميل صاحب الفندق تبعاً القوة القاهرة ، فلا تنفي بها مسؤوليته ، ويكون هذا ضرباً من التأمين . كما أنه يجوز الاتفاق على رفع الحد الأقصى للتعويض في الأشياء الثمينة إلى أكثر من خمسين جنيهاً ، بل إلى كل قيمتها .

أما الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو على التخفيف منها فحل للنظر . وقد ورد في الأعمال التحضيرية في هذا الصدد في موضعين ما يجعل هذا الاتفاق باطلاً . ورد ذلك أولاً في الوديعة الاضطرارية بوجه عام ، ووديعة الفنادق نوع منها ، حيث ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه لا يجوز الاتفاق في الوديعة الاضطرارية « على إعفاء الوديع من مسؤوليته ولا تخفيف هذه المسؤولية عنه ، وذلك لأن كل اتفاق من هذا النوع يشوبه الإكراه من جانب الوديع »^(٣) . وورد ذلك ثانياً في وديعة الفنادق بالذات

(١) انظر مع ذلك رأياً يذهب إلى أن علة التعديل هي « احتمال أن يكون سكوت المودع من المطالبة أثناء إقامته بالفندق راجعاً إلى ما قد يذله له الوديع من الوعود » (محمد علي عرفة ص ٥٢٠ هامش ١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٢٧٣ - وانظر آنفاً فقرة ٣٨٩ في الهامش . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وقد رأى أيضاً ، مقابل التوسع في تقدير مسؤولية صاحب الفندق أو الخان ، إلزام المودع بشئ من اليقظة في المحافظة على حقوقه أكثر من المعتاد . ففرض عليه أن يحظر صاحب الفندق أو الخان بسرعة الشئ أو ضياعه أو تلفه بمجرد علمه بوقوع شئ من ذلك ، بحيث إذا أخطأ في الإخطار دون مسوغ سقطت حقوقه (م ١/١٠١٤) . والقاضى هو الذى يقدر ما يبتدر إبطاء مسقطاً للحقوق ، وما يبتدر مسوغاً للإبطاء . ولم يكن من المودع بوجوب الإخطار ، بل يطلب منه نص الفقرة الثانية من المادة ١٠١٤ المبادرة بالمطالبة بحقوقه ، حيث نصت على سقوط دعواه بالتقادم بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذى انكشف فيه الضياع أو التلف (هنا يريد التعديل أصبحت مدة التقادم تسرى من يوم مفادقة الزيل للفندق) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٢٧٣) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٢٦٧ في الهامش . وانظر آنفاً فقرة ٣٨٨ .

حيث طبقت عليها أحكام الوديعة الاضطرارية ، فجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « كما يقع باطلا كل اتفاق على الإعفاء من هذه المسؤولية »^(١). ولكن من جهة أخرى ورد في موضع ما يفيد أن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية جائز صحيح ، فقد استفسر في لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عن الحكم فيها إذا علق صاحب الفندق إعلاناً يعفى فيه نفسه من المسؤولية ، فأجيب « بأنه إذا كان الإعلان صريحاً في الإعفاء من المسؤولية وفي مكان ظاهر يراه الزيل ولم يعترض عليه ، فإن صاحب الفندق لا يكون مسئولاً حتى عن التعويض المخفف ، لأن شرط الإعفاء من المسؤولية جائز في هذه الحالة طبقاً للمادة ٢٢٤ فقرة ثانية من المشروع »^(٢).

والعلة في هذا التضارب ترجع إلى أن المسألة لا تخلو من خلاف. هناك أولاً إجماع على أن تعليق إعلان في غرف الفندق وفي ردهاته يعفى فيه صاحب الفندق نفسه من المسؤولية أو يخفف من مسؤوليته لا يكتفى ، إذا لم يثبت أن الزيل قد رأى هذا الإعلان وقبل ما جاء فيه^(٣). ولكن يبدأ التردد إذا كان الزيل رأى هذا الإعلان وقبله صراحة أو ضمناً بعدم الاعتراض عليه ، ويزيد التردد إذا اشترط صاحب الفندق صراحة بموجب اتفاق خاص تخفيف مسؤوليته أو إعفائه منها . فالرأى الغالب في الفقه الفرنسي أن الشرط صحيح وتخفف به مسؤولية صاحب الفندق أو يعفى منها^(٤). ولكن يوجد من الفقهاء من يتردد في تصحيح هذا الشرط ، إذ أن الزيل إذا قبله يكون مضطراً إلى قبوله ، وقد أراد القانون أن يحميه ، ويرى في القليل أن الشرط لا أثر له

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٢ - وانظر كذلك فقرة ٣٨٩ في الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٠ - ٢٧١ - وانظر كذلك فقرة ٣٨٩ في الهامش .

(٣) كان ١٧ ديسمبر سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٦ - ٢ - ١٩٠ - [كس ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠١ - ٢ - ٣٠٣ - باريس ١٦ يولييه سنة ١٩٣٤ جازيت دي باليه ١٩٣٤ - ٢ - ٧٣٥ - تولون الانتخابية ٤ يولييه سنة ١٩٥٢ دالوز ١٩٥٢ - ٧٦٩ - سلوران ٢٧ فقرة ١٤٦ - هيك ١١ فقرة ٢٦٥ - بون ١ فقرة ٥٤٣ - جيوار فقرة ١٥١ - بودرى وفال في الوديعة فقرة ١٢٣٤ - أوبري وروولسان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٧ وهامش ٢ - بلانويول وديبير وسالتييه ١١ فقرة ١١٩١ ص ٥٣٢ .

(٤) بودرى وفال في الوديعة فقرة ١٢٣٣ - فقرة ١٢٣٦ - أوبري وروولسان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٧ هامش ١٢ - بلانويول وديبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٧٥ .

إلا في نقل عبء الإثبات من عاتق صاحب الفندق إلى عاتق النزيل^(١) .
وانعقد الإجماع بداهة على أن الشرط لا أثر له في الإعفاء من المسؤولية عن
الغش أو الخطأ الجسيم^(٢) .

ونرى أن الأولى أن تتقيد بأحكام الوديعة الاضطرارية — وليست وديعة
الفنادق إلا صورة من صورها المختلفة — فيكون شرط الإعفاء من المسؤولية
أو التخفيف منها ، ولو كان شرطاً خاصاً صريحاً ، باطلاً لا أثر له^(٣) .

(١) بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١١٩١ ص ٥٣٢ - وقرب جوسران ٢
فقرة ١٣٧٥ .

(٢) بوردى وثالث في الوديعة فقرة ١٢٣٦ - أوبري ورو وإسبان ٦ فقرة ٤٠٦
ص ١٨٧ هامش ١٢ - بلانيول وريبير وسالفاتييه ١١ فقرة ١١٩١ ص ٥٣٣ - باريس ١٦
يولي سنة ١٩٣٤ الأسبوع القضائي (Sem. Jur.) ١٩٣٥ - ٣٧٢ .

(٣) انظر عكس ذلك محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٩ - وانظر أيضاً محمد عل عرفة
ص ٥١٨ - ص ٥١٩ : وهو يلحظ إلى أن شرط الإعفاء من المسؤولية لا يعني صاحب الفندق
« إلا من المسؤولية المترتبة على فعل الغير ، فإذا أثبت المودع أن ضياع الوديعة أوتلفها قد نجم
عن فعل المودع أو أحد تابعيه فإنه يسأل عن التمييز كاملاً وفقاً للقواعد المقررة في المسؤولية
التقصيرية » .

الحراسة

تمهيد^(١)

٣٩٤ — التعريف بالحراسة — أركانها : يمكن تعريف الحراسة (séquestre) تعريفاً مستخلصاً من المادة ٧٢٩ مدني — وميأتي ذكرها — بأنها وضع مال يقوم في شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت ، وينتدده خطر عاجل ، في يد أمين يتكفل بحفظه وإدارته ورده مع تقديم حساب عنه إلى من يثبت له الحق فيه^(٢) . ويوضع المال تحت الحراسة إما باتفاق بين الطرفين المتنازعين فتكون حراسة اتفاقية (séquestre conventionnel) ، وإما بحكم من القضاء فتكون حراسة قضائية (séquestre judiciaire) .

وبيتين مما تقدم أن للحراسة أركاناً ثلاثة : (١) المال الموضوع تحت الحراسة . (٢) الاتفاق على الحراسة أو الحكم الصادر بها . (٣) الحارس الذي يعينه الطرفان أو يعينه القاضي . فتي توافرت هذه الأركان الثلاثة ، قامت الحراسة ، اتفاقية كانت أو قضائية .

(٥) مراجع في الحراسة : جوار في القرض والوديعة والحراسة سنة ١٨٩٤ — بودري وفال في الشركة والقرض والوديعة الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٧ — أوبري ورو وإيمان ١ الطبعة السادسة سنة ١٩٥١ — بلانيول وريبير وسالتييه ١١ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ — بيدان ١٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ — دي بلانج ٥ — بلانيول وريبير وبولانجي ٢ الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩ — كولان وكايتيان ودي لاموراندوير ٢ الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ — جوسران ٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٣ — أنسيكلويدى دالوز ٤ سنة ١٩٥٤ لفظ Séquestre — تعليق سالتانيه على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٥ أبريل سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٤ — ١ — ١٩٩ .

عبد الحكيم عبد الحميد فراج في الحراسة القضائية في التشريع المصري المقارن الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٢ — محمد علي رشدي في قاضي الأمور المستعجلة الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ — محمد علي راتب في قضاء الأمور المستعجلة الطبعة الرابعة (ومعه محمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب) سنة ١٩٦٠ — محمد عبد الحليم في القضاء للمستعجل الطبعة الثانية سنة ١٩٦١ — محمد كامل مرسى في الجلود المسبأة سنة ١٩٤٩ — محمد علي عرفة في التأمين والعقود الصغيرة الطبعة الثانية سنة ١٩٥٠ . وفي إشارتنا إلى هذه المراجع المختلفة نحيل إلى الطبعات المينة فيما تقدم .

(١) محمد علي عرفة ص ٥٢١ .

٣٩٥ - أعظم الحراسة هي أعظم الوديعة والعقود : وسرى أن المادة ٧٣٣ مدني تقضي بأن تطبق على الحراسة في الأصل أحكام الوديعة والوكالة . فالمال الموضوع تحت الحراسة هو في يد الحارس وديعة عنده ، ومن ثم تطبق أحكام الوديعة . ولكن الحارس لا يقتصر ، كما يقتصر المودع عنده ، على حفظ المال ، بل يجب عليه أيضاً أن يديره وأن يقدم حساباً عن إدارته ، ومن ثم تطبق أحكام الوكالة . والذي يغلب على الحارس هو صفة المودع عنده لا صفة الوكيل ، فهو في الأصل مكلف بحفظ المال ، وعليه أن يديره في أثناء ذلك .

والحراسة ليست إلا صورة خاصة من صور الوديعة ، وهي الصورة الأهم انتشاراً والأكثر وقوعاً في العمل . على أن هناك فروقاً بين الحراسة والوديعة العادية أهمها ما يأتي ^(١) : (١) الحراسة في الأصل تكون في الأشياء المتنازع عليها ، بخلاف الوديعة . (٢) الحراسة تكون اتفاقية أوقضائية ، بل إن الحراسة القضائية هي التي يغلب وقوعها في العمل ، وإذا أطلقت الحراسة انصرفت إليها إذ ينشر وقوع الحراسة الاتفاقية . أما الوديعة فلا تكون إلا اتفاقية ، إذ أن مصدرها العقد كما رأينا . (٣) يغلب أن تقع الحراسة على العقار وإن كان يجوز وقوعها على المنقول ، أما الوديعة فيغلب وقوعها على المنقول وإن كان يجوز وقوعها على العقار . (٤) الحراسة تكون في الأصل بأجر مجز وإن صح أن تكون بغير أجر ، أما الوديعة فتكون في الأصل بغير أجر وإن صح أن تكون بأجر زهيد . (٥) في الحراسة يكلف الحارس بإدارة المال الموضوع تحت حراسته ، أما في الوديعة فيقتصر المودع عنده على حفظ المال دون إدارته وإن كان يصبح أن يؤذن له في استعماله . (٦) في الحراسة يلتزم الحارس في الأصل بالاستمرار في الحراسة إلى أن تنتهي ، أما في الوديعة فيجوز في الأصل أن يرد المودع عنده الوديعة قبل انتهاء العقد إلا إذا حدد للوديعة أجل لمصلحة المودع على الوجه الذي سبق بيانه . (٧) في الحراسة يرد الحارس المال لمن يثبت له الحق فيه وهو غير معروف عند بدء الحراسة ، أما في الوديعة فيرد المودع عنده المال إلى المودع

(١) انظر في هذه الفروق يردى وثالث فقرة ١٢٥٤ ص ٦٧٥ - محمد كامل مرسى

فقرة ٣٤٦ - محمد حل مرة ص ٥٢٢ - ص ٥٢٣ .

مجرد أن يطلبه هذا الأخير إلا إذا حدد للوديعة أجل لمصلحة المودع عنده على الوجه الذى سبق بيانه^(١) .

وكما تتميز الحراسة عن الوديعة فى الفروق التى أشرنا إليها ، تتميز كذلك عن الوكالة فى فروق أهمها ما يأتى : (١) فى الحراسة يقوم الحارس بإدارة المال وليس له فى الأصل أن يتصرف فيه ، أما فى الوكالة فالوكيل قد يوكل فى الإدارة وقد يوكل فى التصرف وفى التبرع وفى سائر التصرفات القانونية . (٢) وحتى إذا اقتصرت الوكالة على الإدارة ، فالأصل فى الحراسة أن يحفظ الحارس المال وإدارته له تأتى تبعاً للحفظ ، أما فى الوكالة فالأصل أن يدبر الوكيل المال وحفظه لإياه يأتى تبعاً للإدارة . (٣) فى الحراسة يتقاضى الحارس فى الأصل أجراً مجزياً ومن ثم تكون الحراسة غالباً من عقود المضاربة ، أما فى الوكالة فالأصل ألا يتقاضى الوكيل أجراً أو يتقاضى أجراً لا يقصد من وزاته الربح فالوكالة ليست من عقود المضاربة . (٤) وإذا تقاضى كل من الحارس والوكيل أجراً فأجر الحارس لا يجوز تعديله ، أما أجر الوكيل فيجوز إنقاصه أو زيادته . (٥) الحارس فى هذه الحراسة لا يعلم لمن يرد المال إذ هو ملزم برده لمن يثبت له الحق فيه ، أما الوكيل فيعلم منذ البداية أنه ملزم برد المال للموكل . (٦) لا تنتهى الحراسة بموت من يثبت له الحق فى المال بل محل ورثته عمله ، وتنتهى الوكالة فى الأصل بموت الموكل .

٣٩٦ - الوهمية العارية للحراسة وتجليها الشريعى : لم يرد فى التقنين المدنى القديم غير نصوص مقتضبة فى الحراسة ، وهذا بالرغم من أن الحراسة - وبخاصة الحراسة القضائية - اتخذت فى العمل أهمية كثيرة . فكثيراً ما تبدأ الخصومات بدعاوى الحراسة كإجراء موقت تقصد به المحافظة على مصالح الخصوم ، انتظاراً للبت فى الموضوع وقد لا يثبت فيه إلا بعد مدة طويلة . لذلك تكثر قضايا الحراسة كثرة زائدة ، سواء أمام محكمة الموضوع أو بوجه خاص

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « الحراسة والوديعة عقدان من نوع واحد ، يختلفان فى أن الحراسة لا ترد إلا على مال يقوم شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت ، وأن الحارس مكلف بإدارة المال ، وأنه يرد له من يثبت له الحق فيه سواء أكان هو واضح ليد عليه قبل الحراسة أم لا » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٥) .

أمام القضاء المستعجل^(١) . وقد عني التقنين المدني الجديد باستعراض أحكام القضاء الكثيرة في هذا الموضوع ، واستخلص منها في عدد غير قليل من النصوص المبادئ والقواعد التي استقر عليها القضاء ، وربها الترتيب المنطقي الواجب^(٢) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « ولم يرد في شأن الحراسة في التقنين الحالي (القديم) غير مادتين مقتضبتيّن تحللتا النصوص المتعلقة بالوديعة . ولكن الحراسة ، وعلى الأخص الحراسة القضائية ، قد اتخذت في العمل أهمية كبرى ، حتى أصبح الخصوم كثيراً ما يلجأون إليها . وتوسع القضاء في أحوالها ، حتى زحزت المجاميع بأحكامها في شأنها . وكان أكثر هذا القضاء اجتهداً لفلة النصوص التي يستند إليها . فكان حرياً بهذا المشروع أن ينظر في هذا القضاء ليستنبط منه المبادئ والقواعد التي ينبغي أن يتضمنها التشريع الجديد فيما يتعلق بالحراسة . وقد تضمن المشروع عشر مواد في الحراسة ، مرتبة ترتيباً منطقياً . فبدأ بتعريف الحراسة باعتبارها عقداً ، ثم نص على أحوال الحراسة القضائية ، وخص حراسة الوقف ببعض أحكامها ، ثم بين حقوق الحارس والتزاماته ، وانتهى ببيان طرق انقضاء الحراسة وأحكامها^(٣) .

٣٩٧ — خطة البحث : وبحث الحراسة في فصول ثلاثة : الفصل الأول في قيام الحراسة ، والفصل الثاني في آثار الحراسة (التزامات الحارس وحقوقه) ، والفصل الثالث في انتهاء الحراسة .

(١) وهناك غير الحراسة القضائية حراسات إدارية تعددت صورها في العصر الحاضر . منها الحراسة على أموال الأعداء وتقع عادة في أثناء الحروب ، ومنها حراسات إدارية أخرى لأغراض اقتصادية وسياسية وتقع عادة في أثناء الانقلابات السياسية . وكل هذا يخرج عن نطاق البحث ، ولا يدخل في دائرة القانون المدني .

(٢) ويبدو أن الحراسة « وحجاسة الحراسة القضائية » ذات نطاق أوسع في القانون المصري منها في القانون الفرنسي ، لا فحسب من ناحية الأحوال التي يجوز فيها فرض الحراسة ، بل أيضاً من ناحية السلطة التي يخولها القانون للحارس في إدارة الأموال الموضوعة تحت حراسته وفي التصرف فيها . ومن ثم لا يجوز الرجوع إلى القضاء والفقهاء الفرنسيين في الفروض الكثيرة التي يخالف فيها القانون المصري القانون الفرنسي .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية • ص ٢٧٥ .

الفصل الأول

قيام الحراسة

٣٩٨ — الحراسة الوقائية والحراسة القضائية : الحراسة ، كما قدمنا ، تكون اتفاقية أو قضائية : فتكلم في قيام كل منهما :

الفرع الأول

قيام الحراسة الاتفاقية

٣٩٩ — نص قانوني : تنص المادة ٧٢٩ من التقنين المدني على ما يأتي :
« الحراسة عقد يعهد الطرفان بمقتضاه إلى شخص آخر بمنقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم في شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت ، فيتكفل هذا الشخص بحفظه وإدارته وبرده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه »^(١).

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادة ٥٩٩/٤٩٠^(٢).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٦٩٥ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٢٩ — ولما يقابل للنص في

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٦١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٦ — ص ٢٧٧) .

(٢) التقنين المدني القديم م ٥٩٩/٤٩٠ : إذا حصل الإيداع بسبب نزاع واقع في الوديعة ، فليس لحافظها أو لحارسها المعين لها أن يسلمها إلا لمن يعين لاستلامها باتفاق جميع الأخصام أو بأمر المحكمة .

(و أحكام التقنين المدني القديم ، على اقتضاب النص ، تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

التقنين المدني العراقي—ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧١٩^(١).

٤٠٠ — الحراسة الاتفاقية هي عقد ودية تتميز بخصائص معينة :
ويتبين من النص سالف الذكر أن الحراسة الاتفاقية هي عقد ودية ، فيها
يعهد إلى شخص بمال بحفظه ويرده عند انتهاء العقد . ولكنها ودية تتميز
بخصائص معينة^(٢) أهمها ما يأتي :

١ — الشيء المودع ، عقاراً كان أو منقولاً أو مجموعاً من المال^(٣) ،
متنازع عليه ، أو الحق فيه غير ثابت كأن يكون هذا الحق معلقاً على شرط
واقف أو على شرط فاسخ .

٢ — ولا يقتصر المودع عنده أى الحارس على حفظ المال ، بل يجب
عليه أيضاً أن يديره وأن يقدم حساباً عنه ، فيعتبر إذن وكيلًا في الإدارة ،
إلى جانب أنه مودع عنده في الحفظ ، ومن ثم تطبق أحكام الوديعة والوكالة
فيما لم يرد فيه اتفاق أو نص مخالف .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٩٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٢٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا يشمل على نصوص في الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧١٩ : الحراسة هي إيداع شيء متنازع عليه بين يدى
شخص ثالث ، ويجوز أن يكون موضوع الحراسة أموالاً منقولة أو ثابتة ، وهي تخضع للأحكام
المخصصة بالوديعة العادية وللأحكام الآتية .

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(٢) وقد سبق أن ميزنا بين الحراسة بقسميها الاتفاقية والقضائية وبين الوديعة العادية
(انظر آنفاً فقرة ٣٩٥) ، والآن نميز بين الحراسة الاتفاقية والوديعة .

(٣) ومثل المجموع من المال للجنجر والشركة والركة (نقض فرنسي ١٧ ديسمبر سنة ١٨٩٥
دالوز ١ - ١٩٥ - ٤٦٧ - ١٣ - ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ١ - ٥٣٠ - ٢٦ فبراير
سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٦ - ١ - ٢٢٣ - ١٣ أبريل سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٤ - ١ -
١٦٩) . ولكن المجموع من المال لا يجوز أن يكون مجموع ما يملكه الشخص ، فإنه لا يجوز
غل يد الشخص عن مجموع أمواله إلا في حالات الجبر والإفلاس والإعسار (نقض فرنسي ١٠ يوليو
سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٦ - ١ - ٣١٣ - ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ١ - ٣٤ -
١٦ يناير وديبر وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٢ ص ٥٣٣ هامش ٣) .

٣- ويرد الحارس المال إلى من يثبت له الحق فيه ، بعد البت في النزاع الذي كان قائماً في شأنه . ويجوز أيضاً رد المال لمن يتفق الخصوم المتنازعون عليه من بينهم أو من غيرهم ، وقد كان التقنين المدني القديم (م ٤٩٠/ ٥٩٩)^(١) صريحاً في هذا المعنى^(٢) . ولا يجوز للحارس أن يرد المال قبل أن يتعين من يقع له الرد ، بالبت في النزاع أو باتفاق الخصوم المتنازعين . ومع ذلك إذا كان الحارس غير مأجور - وهذا نادر - جاز له رد الوديعة إلى الخصوم جميعاً قبل الميعاد ، إذا طرأت عليه أسباب مشروعة يتعلل عليه معها أن يستمر حافطاً للمال^(٣) .

٤٠١ - ائتماق على الحراسة يفي عن توافر شرط الخطر العاجل

الواجب توافره في الحراسة القضائية : وسنرى فيما يلي أن الحراسة القضائية تقتضي توافر شرط قيام الخطر العاجل ، أما الحراسة الاتفاقية فالاتفاق عليها بين الخصوم يفي عن تحري توافر هذا الشرط . ويكفي أن يكون الخصوم قد ائتمقوا على وضع المال المتنازع عليه تحت الحراسة ، حتى يفترض أن هناك خطراً عاجلاً يستدعي وضع المال تحت الحراسة ، وأنه بذلك قد قامت إحدى

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٩٩ في الحاشي .

(٢) وكذلك ورد نص في التقنين المدني الجديد (م ٧٣٨/ ٢) يقضي ، عند انتهاء الحراسة الاتفاقية أو القضائية ، بما يأتي : « وعلى الحارس حينئذ أن يبادر إلى رد الشيء المهدود إليه حراسته إلى من يختاره ذو الشأن أو من يمينه القاضي » .

وانظر في أنه إذا تعددت أطراف النزاع وتختلف واحد منهم عن التماق مع الحارس ، اصبر الآخرون متماقين عنه بطريق الفضالة ، فيترتب على ذلك وجوب ائتماقهم جميعاً - وفهم المختلف عن التماق - على الرد قبل الميعاد وعلى الشخص الذي يرد إليه المال : جيوار فقرة ١٧٠ - بودري وفال فقرة ١٢٦١ - أوبري وري وإسيان ٦ فقرة ٤٠٨ ص ١٨٨ هاش ٢ - محمدعل مرقه ص ٥٥٧ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٤٨ ص ٤٥٥ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٨٢ - جيوار فقرة ١٦٩ - بودري وفال في الوديعة فقرة ١٢٦٢ - بلانيول وريير وبولانجي ٢ فقرة ٢٨٨٤ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « يفهم من هذا الصريف أن الحراسة عقد يتم بين شخصين متنازعين أو بينهما حق غير ثابت وبين شخص آخر يترك إليه حفظ المال المتنازع عليه ، وأنها تكون في المقار : تكون - المنقول أو فيها ماعاً ، وأن الحارس كالوديعة يقوم بحفظ المال ورده عند انتهاء الحراسة . لكنه يختلف عنه في أنه يقوم بإدارة المال ، وفي أنه يردده إلى من يثبت له الحق فيه من الطرفين المتنازعين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٧٧) .

حالات الحراسة فواجهها الخصوم بهذا الاتفاق : فلا يبحث بعد ذلك ، كما يبحث في الحراسة القضائية على ما سئرى ، هل هناك خطر عاجل فنكون في حالة من حالات الحراسة ، فإن قدبت فيه الخصوم باتفاقهم على الحراسة ، ولا معقب عليهم في ذلك^(١) .

وتبقى الحراسة الاتفاقية ، كالحراسة القضائية ، إجراء مؤقتاً لامساس له بالموضوع ، وله صفة التحفظ . وكذلك تبقى الحراسة الاتفاقية خاضعة لنفس الأحكام التي تخضع لها الحراسة القضائية من حيث الآثار التي تترتب عليها والزامات الحارس وحقوقه وانتهاء الحراسة ، وسيأتى تفصيلها فيما يلي :

٤٠٢ — **للا اتفاق على الحراسة صورته** : الاتفاق على الحراسة يرم عقب قيام النزاع بين الخصوم على المال . فيتفقون على وضع المال الذي قام بشأنه النزاع تحت حراسة شخص يمينونه بالاتفاق فيما بينهم .

على أن الاتفاق على الحراسة قد يكون في صورة أخرى ، يرم قبل قيام النزاع كشرط يتفق عليه في التعامل . مثل ذلك أن يتفق بائع السيارة مع المشتري على أنه إذا تخلف المشتري عن دفع أقساط ثمن السيارة في مواعيدها ، وضعت السيارة تحت الحراسة حتى يستوفى البائع ما تأخر من الأقساط . فهنا قد تم الاتفاق على الحراسة ، ولكن قبل قيام النزاع ، وجعلت الحراسة مشروطة بقيامه . ومثل ذلك أيضاً أن يتفق مؤجر الأرض الزراعية مع مستأجرها على أنه إذا زرع المستأجر محصولاً معيناً منع منه بموجب عقد الإيجار ، أو إذا قصر في العناية بالأرض ، أو إذا أخل بشروط العقد ، وضعت الأرض تحت الحراسة وكلف الحارس بتنفيذ ما اتفق عليه الطرفان في عقد الإيجار^(٢) . والحراسة في هذه الأمثلة حراسة اتفاقية ، ولكنها لا تقوم إلا إذا

(١) استئناف مخطط ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٥ - ٨ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧١ - ٥ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٠ - ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦٧ - ١٧ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٣٣ - ٤ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢١١ - وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الحراسة الاختيارية تستلزم اتفاق شخصين تمارض مصلحتهما ويتنازحان في منقول أو في عقار ، فيودع تحت حراسة شخص ثالث حتى ينتهى النزاع (استئناف وطني ١٢ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٤ ص ٢٧٣) .

(٢) استئناف مخطط ٢٤ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨٥ (اشترى عيناً على الشيوع ، واتفقا على أن من يتأخر منهما في دفع الأقساط المستحقة عليه يقبل وضع العين تحت حراسة الآخر =

تحقق شرطها . فإذا ما تحقق الشرط ، وجب وضع المال تحت الحراسة تنفيذاً للاتفاق . وعند الخلاف يرفع الأمر إلى محكمة الموضوع ، إلا إذا توافر ركن الاستعجال فيرفع الأمر إلى قاضي الأمور المستعجلة^(١) .

٤٠٣ - طرفا الحراسة الاتفاقية : وعقد الحراسة الاتفاقية ، شأنه في ذلك شأن سائر العقود ، له طرفان :

= يحكم من قاضي الأمور المستعجلة) - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٩ (اتفق البائع مع المشتري بمحرك لإدارة مصنع لعمل التلج على أنه إذا تأخر المشترون عن دفع الثمن وضع المحرك تحت حراسة البائع) - ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٩ (ضج مصرف لأحد عملائه امتداداً مضموناً برهن رسمي واشترط في عقد فتح الاعتماد أن له الحق في وضع الأعيان المرهونة تحت الحراسة إذا تأخر العميل في الوفاء بما عليه) - ٨ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧١ (نص في عقد الرهن على حق الدائن في طلب وضع الأعيان المرهونة تحت الحراسة حتى يتم نزع الملكية) - ١١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٦ (شرط الدائن أن يكون له الحق في وضع يده على العقار المرهون بصفته سارراً إذا تأخر المدين في الوفاء بالدين ، ويتحقق حالة الاستعجال إذا لم يكف العقار المرهون لوفاء بالدين) - مصر الكلية أول أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٥٤٧ ص ١٤٦٥ (وتسحب العين المرهونة تحت حراسة الدائن في حالة تقصير المدين في الوفاء) - وانظر أيضاً : استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥٨ - ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٢ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٤٧ - ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٥ - ٥ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٠ - مصر الكلية ١٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٥٦ ص ١٤٦١ .

(١) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٦٥ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٧ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٩ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٩ - ١١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٦ - ٣ مايو سنة ١٩٣٩ جازيت ٣٩ رقم ٣٢٤ ص ٢٥٠ - نقض فرنسي ٢ مارس سنة ١٩٢٠ دالوز ١٩٢١ - ١ - ٧١ - محمد حل مرقه ص ٥٥٧ - ٥٥٨ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٤٨ ص ٤٥٣ هامش ١ .

فإذا لم يتوافر شرط الاستعجال لم يكن قاضي الأمور المستعجلة مختصاً ، ولو اتفق الطرفان على اختصاصه (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٦٥ - مصر مستعجل ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ رقم ٥٨ - ١٠١ - عبد الحكيم فراج فقرة ١١٧ - محمد حل راتب فقرة ٣٨١ - ٩٥٠ - ص ٩٥١ - محمد عبد الطيف فقرة ٣٥٣ - وقارن محمد حل رشدي فقرة ١٠٩ - فقرة ١١٣ - استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٩ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٩) .

وإذا أثرت المحكمة وضع المال تحت الحراسة ، عينت أيضاً الحارس إذا لم ينفق الطرفان على تعيينه ، وتبقى الحراسة مع كل ذلك حراسة اتفاقية (استئناف مصر ١٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٣٥٣ ص ٦٨٤ - بلاتنيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٤ ص ٥٣٧) ،

(الطرف الأول) هو الحصان المتنازعان أو الخصوم المتنازعون على المال . فهؤلاء كلهم طرف في العقد ، وإذا انقصر أحد الفريقين المتنازعين على التعاقد دون الفريق المتنازع الآخر ، لم يكن العقد حراسة اتفاقية ، بل هو وديعة عادية ، ويجب على المودع عنده أن يرد الوديعة إلى الفريق الذى تعاقد معه دون الفريق الآخر وفقاً للأحكام العامة فى الوديعة^(١) .

(والطرف الثانى) هو الحارس . فالقريبان المتنازعان هما إذن اللذان يقرران مبدأ الحراسة ويختاران شخص الحارس^(٢) . ويتعهد الحارس بموجب عقد الحراسة للفريقين المتنازعين بأن يقوم بحفظ المال وإدارته ، ثم رده مع تقديم حساب عنه إلى من يثبت له الحق فيه بعد البت فى النزاع ، أو لمن يتفق عليه الفريقان المتنازعان والغالب أن يكون أحدهما ولكن يصح أن يكون أجنبياً^(٣) .

(١) ترولون فقرة ٢٤٩ - لوران ٢٧ فقرة ١٦٣ - بون ١ فقرة ٥٤٧ - جوار فقرة ١٦٤ وفقرة ١٦٦ - بودرى وفال فقرة ١٢٥٥ - أوبرى ورو وإسان ٦ فقرة ٤٠٨ هامش ١ - پلانيول وريبير وبولانيه ٢ فقرة ٢٨٨٤ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٤٨ ص ٤٥٢ هامش ١ .

(٢) فإذا مات الحارس الذى عينه المتنازعان أو حجير عليه أو عزل قبل انتهاء النزاع أو تنهى لغير مقيول ، ولم يتفق المتنازعان على حارس آخر يحل محله ، جاز المحكمة أولقاضي الأمور المستعجلة بحسب الأحوال أن يقوم بتعيين حارس آخر (پلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٣) . كذلك يجوز المحكمة أولقاضي الأمور المستعجلة عزل الحارس المعين باتفاق الطرفين إذا أساء الإدارة أو ارتكب ما يستوجب عزله (استئناف مخطط ٢٥ يولييه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٥ - محمد عبد اللطيف فقرة ٣٥٤) .

(٣) ويمكن أن تنص حراسة اتفاقية يتفق فيها الخصوم على مبدأ الحراسة دون أن يتفقوا على شخص الحارس ، وفى هذه الحالة تبى الحراسة اتفاقية ، وتتولى المحكمة تعيين الحارس الاتفاقي على الوجه الذى تدين به الحارس القضائى ، وسائق بيان كيف يمين الحارس القضائى (انظر ما على فقرة ٤٤٩ وما يبعها) . وهذا ما يقضى به التقنين الملقى ، إذ تنص المادة ٧٣٢ من هذا التقنين على أن « يكون تعيين الحارس ، سواء أكانت الحراسة اتفاقية أم كانت قضائية ، باتفاق ذوى الشأن جميعاً ، فإذا لم يتفقوا تولى القاضي تعيينه » . وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « سواء أكانت الحراسة اتفاقية أم قضائية ، فهناك مسألان منفصلتان : أولاً وضع المال تحت الحراسة ، والثانية تعيين شخص الحارس . والمسألة الأولى هى التى تسبق على الحراسة صفحتها الاتفاقية أو القضائية ، أما متى اتفق المتنازعان على مبدأ الحراسة أوصحت المحكمة بها فإن أمر تعيين الحارس يترك فى كلا الحالتين إلى المتنازعين إن أمكنهما أن يتفقا عليه ، وإلا فتهـ . به المحكمة المختصة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٧) .

فالدائن بالرد إذن هو شخص غير معين ، ولكنه قابل للتعين^(١).

الفرع الثاني

قيام الحراسة القضائية

٤٠٤ — الشرط في الحراسة القضائية أنه يكون هناك استعجال أى فطر

عاجل : يشترط في جميع أحوال الحراسة القضائية أن يكون هناك استعجال ، وهو ما يسميه التقنين المدني في المادة ٧٣٠ منه كما سئى « خطراً عاجلاً » ، وما يسميه تقنين المرافعات في المادة ٤٩ منه عند الكلام في اختصاص القضاء المستعجل « المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت » . والشرط مطلوب في جميع أحوال الحراسة القضائية كما قدمنا ، وهو منصوص عليه في بعض هذه الأحوال ومفهوم ضمناً في الأحوال الأخرى^(٢) .

= وفي حالة ما يتفق الخصمان على مبدأ الحراسة ويعين القاضى شخص الحارس ، يكون هناك عقد أول (avant contrat) طرفاء الخصمان وقد اتفقا على الحراسة في ذاتها ، وعندما يعين القاضى شخص الحارس ، فإن قبول هذا الحارس لمهمة يجعله طرفاً في عقد بل العقد الأول . وهذا العقد الثانى هو عقد الحراسة ، أحد طرفيه الخصمان المتنازعان وقد أوجبا عقد الحراسة باتفاقهما على مبدأ الحراسة ، والطرف الآخر هو الحارس الذي عينه القاضى وقد قبل هذا الإيجاب بقوله أن يكون حارساً .

(١) والدائن بالرد هو الذى يلتزم برد المصروفات إلى الحارس ، حتى لو لم يكن طرفاً في عقد الحراسة ، إذ هو الذى أفاد من هذه المصروفات (جيوار فقرة ١٧١ - بودرى وقال فقرة ١٢٦٣ - أوبرى ورو وإسبان فقرة ٤٠٨ ص ١٨٩) . وهذا الدائن هو الذى يلتزم بدفع الأجر للحارس إذا كان طرفاً في عقد الحراسة ، أما إذا لم يكن طرفاً فإنه لا يكون ملزماً بدفع الأجر (بودرى وقال فقرة ١٢٦٤ - عكس ذلك محمد على عرفة ص ٥٥٦) . ويبين ملزماً بدفع الأجر من تعاقده مع الحارس من الأطراف المتنازعين ، ولو لم يثبت لهم الحق في المال (جيوار فقرة ١٧١ - بودرى وقال فقرة ١٢٦٤) .

وإذا تعدد الدائنين للحارس بدفع الأجر أو برد المصروفات ، كانوا متضامين تطبيقاً لأحكام الركالة (بون ١ فقرة ٥٤٩ - أوبرى ورو وإسبان فقرة ٤٠٨ ص ١٨٩ هامش ٣ - أنسيكلوبيدى دالورز ٤ لفظ Séquestre فقرة ٨ : بالتضام - وقارن لوران ٢٧ فقرة ١٦٧ - بيك ١١ فقرة ٢٦٩ - عكس ذلك جيوار فقرة ١٧١ - بودرى وقال فقرة ١٢٦٥) . (٢) ويستوى في ذلك أن تكون دعوى الحراسة مرفوعة أمام القضاء المستعجل أو أمام قاضى الموضوع (محمد على عرفة ص ٥٣٥ - وقارن استئناف مصر ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٣٨ ص ١٠٥٨) .

والخطر العاجل هو خطر فوري يهدد مصلحة ذي الشأن^(١) ، ولا يدفعه إلا وضع المال تحت الحراسة . وتقدير ما إذا كان هناك خطر عاجل يتوقف على ظروف كل حالة ، فيختلف من حالة إلى أخرى بحسب تغير هذه الظروف . ولذلك كان الخطر العاجل أمراً تقديرياً متروكاً إلى قاضي الموضوع ، وللمعقب عليه في ذلك من محكمة النقض^(٢) . فيكون هناك خطر عاجل إذا وقع نزاع على ملكية المال أو على حيازته وكان بقاء المال في حيازة واضع اليد يخشى منه ضياعه أو تلفه أو تبديده الربيع . ويتحقق الخطر العاجل في إدارة المال الشائع إذا وقع خلاف بين الشركاء بحيث يصبح بعضهم مهدداً بضياع نصيبه في الربيع ، أو بحيث يصبح المال نفسه مهدداً بنزع الملكية لعدم سداد الضرائب أو أقساط الدين^(٣) . ويتوافر شرط الخطر العاجل في التركة إذا قام خلاف بين الورثة على قيمة نصيب كل منهم ، أو على قسمة أموال التركة ، أو على إدارتها^(٤) . وسنرى تفصيلاً كيف يتمثل الخطر العاجل في

(١) استئناف مخطوط ١٩ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ١٥ .

(٢) وقد قست محكمة النقض بأن تقدير الخطر الموجب وضع الأموال المتنازع عليها تحت الحراسة هو من المسائل الموضوعية التي لا رقابة فيها لمحكمة النقض على قاضي الموضوع (نقض ملف ١٧ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧١ ص ١٩٨ - وانظر أيضاً : نقض ملف أول يونيو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٦ ص ٥٦٦ - ٣٠ يوليو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٠٠ ص ١٢٥٣ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٧ ص ٥٥٣ - ٧ يوليو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٤ ص ١٣٧٦) .

(٣) أما إذا قام نزاع في شأن حساب الإدارة من حيث صحة للأرقام ومطابقتها لحقيقة ، فإن ذلك لا يمكن للفرض الحراسة ، إذ أن مال الفصل في النزاع لا يتطوّل إلا على إحمال أنشغال ذمة المدعى عليه بمبلغ معين ، وهذا الاحتمال على فرض تحققه لا يمنع من استمرار المدعى عليه من وضعه على المال (استئناف مصر ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ الهامة ١٥ رقم ١٩٨ ص ٤٠٩ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ٣٣٨ ص ٧٢٠ - أول يوليو سنة ١٩٣٩ الهامة ٢٠ رقم ٨٦ ص ٢٣٥) . وكذلك مطالبة ناظر الوقت بالحساب أو المنازعة في كشوف لا يورث وضع الأعيان الموقوفة تحت الحراسة ، بخلاف ما إذا كانت هناك مطالبة بجزل الناظر (استئناف مصر ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ الهامة ١٥ رقم ١٩٨ ص ٤٠٩ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ٣٣٨ ص ٧٢٠ - وقد سبق الإشارة إلى حلين الحكيمين) - وانظر بحمد على مرقة ص ٥٣١ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٢ ص ٤٦٣ - ٤٦٤ - ولا تقترض الحراسة على أرض فضاء لا يخشى عليها من أي خطر (استئناف مخطوط ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٢٠ ص ٢١٨) .

(٤) ويتوافر شرط الخطر العاجل إذا خشي على العين موضوع النزاع من وجودها تحت

أحوال الحراسة القضائية المتنوعة التي سنعرض لها فيما يلي . ويكفي هنا أن نبين أن الخطر العاجل يمكن في طبيعة الحالة التي تستوجب الحراسة القضائية ، ولأشأن لها بإرادة الخصوم . فإذا رأى القاضي أن الخطر العاجل غير متحقق ، حكم برفض الحراسة القضائية حتى لو كان الخصوم جميعاً متفقين على وجود هذا الخطر ، وذلك مع عدم الإخلال بما قدمناه في الحراسة الانتافقية من أن اتفاق الخصوم يغني عن تحرى شرط الخطر العاجل^(١) . والعكس صحيح ، فاتفاق الخصوم على انتفاء الخطر العاجل لا يمنع من قيامه^(٢) . ومن القرائن على انتهاء الخطر العاجل أن يمضي وقت طويل على الحالة قبل أن يتحرك ذو الشأن ويطلب الحراسة^(٣) . ولكن القرينة غير قاطعة فقد يمضي وقت طويل والخطر أخذ في التفاقم فيدفع ذلك أخيراً صاحب المصلحة إلى طلب الحراسة ، ولا يؤخذ عليه سكوته مدة طويلة إذ أن تفاقم الخطر ينفي مظنة انتفائه^(٤) .

= يد الخصم ، بالنظر إلى إحصاره في الحال ، أو ترجيح إحصاره في المستقبل (استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٤١ الهامة ٢٢ رقم ٤٥ ص ٩٢ - استئناف مخطط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧٣) . ولكن إذا كانت العين أرضاً غير مزروعة لا يغني عليها من تركها تحت يد حائزها إلى أن تنتهي إجراءات قسمتها ، فلا يتوافر شرط الخطر العاجل ، ولا محل لوضعها تحت الحراسة (استئناف مخطط ٢٨ يونيو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٣٥) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠١ .

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ٢٤٤ - محمد علي راتب فقرة ٣٢٠ ص ٨٣٠ - محمد عبد الحليف فقرة ٢٤٢ ص ٢٢٤ - مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ٨٦ ص ٢٠١ .

(٣) استئناف مخطط ٢٧ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٤٨ . وقارن استئناف مخطط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ ص ٧٧ .

(٤) عبد الحكيم فراج فقرة ٢٤٨ - محمد علي راتب فقرة ٣٢٠ ص ٨٣٠ - محمد علي عرفة ص ٥٣٤ - مصر مستعجل ١٣ مارس سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ٦١ ص ١٣٢ - ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ٨٦ ص ١٠١ - ٢٠ مارس سنة ١٩٤٠ الهامة ٢٠ رقم ٥١٤ ص ١٢٣٢ - بنى سويف الجزئية أول أكتوبر سنة ١٩٣٨ الهامة ١٩ رقم ٢٩٨ ص ٧٢٦ - للدلتجات ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٩ الهامة ٢٠ رقم ٥٣ ص ١٢٩ - استئناف مخطط ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ جازيت ٣٩ رقم ٣٢٤ - ٢٥٠ - فسكوت الوارث عن رفع دعوى الحراسة عقب وفاة المورث لا يمنعه من رفعها إذا قام النزاع بعد مدة طويلة (استئناف مصر ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ الهامة ١٧ رقم ٥٣ ص ١٠٥٨ - استئناف مخطط ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٩٠ -

والخطر العاجل والاستعجال ليسا أمرين مختلفين ، بل هما أمر واحد .
 فحيث يوجد خطر عاجل يكون الأمر مستعجلاً ، ويدخل في اختصاص
 القضاء المستعجل كما يدخل في اختصاص محكمة الموضوع باعتباره أمراً
 مستعجلاً يقتضى اتخاذ إجراء تحفظي هو وضع المال تحت الحراسة القضائية .
 وهناك من فرق بين الخطر العاجل والاستعجال ، فجعل الاستعجال درجة
 أعلى في الخطر ، وحتم وجود الخطر العاجل شرطاً موضوعياً في جميع دعاوى
 الحراسة القضائية سواء رفعت أمام محكمة الموضوع أو أمام القضاء المستعجل ،
 واستبقى الاستعجال شرطاً لاختصاص القضاء المستعجل بهذه الدعاوى . فإذا
 رفعت دعوى الحراسة أمام محكمة الموضوع ، فما على المحكمة إلا أن تثبت
 من وجود الخطر العاجل . أما إذا رفعت أمام القضاء المستعجل ، فعل القاضي
 أن يثبت أولاً من وجود الخطر العاجل كشرط موضوعي للحكم بالحراسة ،
 وأن يثبت ثانياً من وجود الاستعجال - وهو درجة أعلى في الخطر كما قدمنا -
 كشرط لاختصاصه بنظر الدعوى^(١) . ولكن هذا التفريق لا يبرر له ،
 فليست هناك درجات متفاوتة في الخطر العاجل ، ومادام الخطر عاجلاً فهذا
 هو الاستعجال الذي يقدر للقضاء المستعجل اختصاصه ، وقد استعمل تعبير
 « الخطر العاجل » في دعاوى الحراسة مقابلاً ومطابقاً لتعبير « الاستعجال »
 في اختصاص القضاء المستعجل^(٢) .

ومخلص مما قدمناه أن شرط الخطر العاجل هو شرط موضوعي ، حتى
 لو رفعت دعوى الحراسة أمام القضاء المستعجل . ويرتب على ذلك ما يأتي :

(١) إذا رفعت الدعوى أمام القضاء المستعجل ، ورأى القاضي أن الشرط

« عكس ذلك مصر مستعجل أول أغسطس سنة ١٩٣٢ المأماة ١٤ رقم ٢١ ص ٤١) . ولكن
 استئناف الحكم بـ ثلاثة عشر شهراً من صدوره قريبة على عدم قيام الاستعجال ، والقول بأن
 ظروفاً جدت يقتضى أن ترفع دعوى مبتدأة بالحراسة (استئناف مخطط ٢٧ يونيو سنة ١٩١٧ م
 ٢٩ ص ٥٢٠) .

(١) استئناف مصر ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ المأماة ١٧ رقم ٥٣٨ ص ١٠٥٨ - محمد علي
 راتب فترة ٣١٩ - فترة ٣٢٠ .

(٢) انظر في هذا المعنى عبد الحكيم فراج فترة ٢٤٩ - محمد علي رشدي فترة ٢٠٥
 ص ٢٨٩ - محمد عبد اللطيف فترة ٢٤٢ .

لم يتوافر . جاز أن يحكم برفض الدعوى لا بعدم الاختصاص^(١) . (٢) وإذا رفض القضاء المستعجل دعوى الحراسة لعدم توافر الشرط . لم يجوز رفعها من جديد أمام محكمة الموضوع إذ الدعوى قد تخلف فيها شرط موضوعي يتعين رفضها حتى أمام محكمة الموضوع^(٢) . وذلك ما لم تتغير الحالة وتنشأ ظروف جديدة يتحقق معها قيام الخطر العاجل . (٣) وإذا رفعت دعوى الحراسة أمام محكمة الموضوع . جاز الدفع بانتفاء الخطر العاجل في أية حانة كانت عليها الدعوى ، حتى أمام محكمة الاستئناف لأول مرة . (٤) ولا يجوز رفع دعوى الحراسة أمام محكمة الموضوع إلا كإجراء وقفي تابع للدعوى بأصل الحق ، فلا ترفع أمام هذه المحكمة كدعوى مستقلة ، ذلك أنها بطبيعتها دعوى تحفظ وقفي ، وهي لم تتغير طبيعتها سواء رفعت أمام القضاء المستعجل أو رفعت أمام محكمة الموضوع ، فإن رفعت أمام هذه المحكمة الأخيرة رفعت كإجراء وقفي تابع لدعوى أصلية^(٣) .

٤٥٥ — طبيعة الحراسة القضائية : والحراسة القضائية بطبيعتها إجراء تحفظي ويستتبع ذلك أن تكون إجراء وقفياً لا يمس الموضوع .

(١) محمد عبد الطيف فقرة ٢٤٣ : ويذهب إلى أن القاضي المستعجل يحكم برفض الدعوى لا بعدم الاختصاص ، ولكن يبدو أنه يجوز للقاضي المستعجل أن يحكم برفض الدعوى كما يجوز له أن يحكم بعدم الاختصاص ، إذ الخطر العاجل أمام القضاء المستعجل هو شرط موضوعي وشرط اختصاص في وقت واحد . انظر في أن القاضي المستعجل لا يحكم إلا بعدم الاختصاص : محمد علي راتب فقرة ٣٢٥ ص ٨٣٣ .

(٢) محمد علي رشي فقرة ٢٥٥ ص ٢٨٩ - ٢٩٠ - مصر مستعجل ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ ص ٩١١ - ٩ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٥ ص ٤٨٥ .

(٣) انظر عكس ذلك وأنه يجوز وضع دعوى الحراسة أمام محكمة الموضوع كدعوى أصلية ومنفصلة عن دعوى أصل الحق : محمد علي راتب فقرة ٣١٩ ص ٨٢٨ هاش ١ .

هذا ويتبين الخطر العاجل إذا كان القانون قد رسم طريقاً آخر يقضي عن الحراسة ، كحق الحبس . وقد قضى بأنه ليس للمقاول ، إذا كان ملتزماً بأن يبني عينا وأن يسلمها في موعد معين وكان يدي حقاً قبل صاحب البناء ، أن يطلب تعيين حارس على العين على اعتبار أن الحراسة هي الطريق الوحيد لتوثيق بين حق في الحبس وواجبه في التسليم ، لأن المقاول إما أن يكون ذا حق في مبلغ لا يزال في ذمة صاحب البناء وعندئذ فحقه في الحبس يفي به من واجب التسليم ، أو لا يكون له مبالغ قبله وعندئذ لا يكون من حقه أن يجبر البناء تحت يده ، ويكون عليه أن يسلم البناء فوراً لصاحبه ، وفي الحالتين لا تناقض بين حق المقاول وواجبه حتى يستأن بالمراسلة على نحو هذا التناقض (اسكندرية مستعجل ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٣٠١ ص ٦٥٥)

فهي أولا إجراء تحفظي . ومن ثم لا يصح أن تكون الحراسة القضائية إجراء تنفيذياً ، أو أن تستعمل وسيلة للضغط على المدين حتى تدفعه إلى الوفاء بدينه . بل يجب ، حتى في الحالات التي يوضع فيها مال المدين تحت الحراسة القضائية للوفاء بدينه ، أن يكون هناك خطر عاجل على مصلحة الدائن يقتضي هذه الحراسة ، كأن يكون المدين في سبيل إخفاء ماله أو التصرف فيه لإضرار الدائن ، فتأتي الحراسة إجراء تحفظياً لمنعه من ذلك . وإذا نتج عنها أن استوفى الدائن حقه ، فلم يكن هذا هو المقصود أصلاً منها^(١) . وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في الحالات المشار إليها .

وهي ثانياً إجراء وقائي . ويرتب على ذلك أنها لا تبقى إلا ببقاء الظروف التي استدعتها^(٢) . فإن تغيرت هذه الظروف وأصبحت الحراسة لا ضرورة لها ، وجب رفعها . والعكس صحيح ، فإذا رفعت الدعوى في وقت لم يكن هناك مرور لوضع الحراسة على المال ، لم يكن هذا مانعاً من الحكم بالحراسة بعد ذلك إذا تغيرت الظروف وجد ما يستدعي وضعها . ولكن هذا لا يعني أن الحكم في دعوى الحراسة لا يحوز قوة الأمر المقضي ، بل هو كسائر الأحكام الوقعية يحوز هذه القوة مادامت الظروف التي صدر فيها باقية لم تتغير ، فإذا تغيرت نشأ سبب جديد يمتنع معه الاحتجاج بقوة الأمر المقضي^(٣) .

وهي ثالثاً إجراء لا يمس الموضوع . فالحكم بالحراسة القضائية ليس من شأنه أن يؤثر في موضوع الدعوى الأصلية ، وإذا وضع مال متنازع في ملكيته بين شخصين تحت الحراسة القضائية وعين أحدهما حارساً ، فليس هذا معناه ثبوت حق الحارس في الملكية أو حتى رجحان هذا الحق . فلا يزال النزاع

(١) قرب عبد الحكم فراج فقرة ٢٦٩ .

(٢) ويجوز لقاضي أن يشرب الخصوم مباداً لرفع دعوى الموضوع ، كما يجوز أن يحدد الحراسة أجلاً تنتهي بانقضائه (استئناف غخطط ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٤٠ - مصر مستعجل ٣١ مايو سنة ١٩٤٢ الهامة ٢٢ رقم ٢٥٨ ص ٧٦٣) .

(٣) استئناف غخطط ٢٦ يونيو سنة ١٩٣٩ جازيت ٢٩ رقم ٣٥٨ ص ٣٤٨ - مصر مستعجل ١٢ سبتمبر سنة ١٩٣٢ الهامة ١٤ رقم ١٠٠ ص ١٩٦ - ٢٤ مايو سنة ١٩٣٩ الهامة ٢٠ رقم ٩٣ ص ٢٥٧ . عبد الحكم فراج فقرة ٢٦١ - محمد عبد اللطيف فقرة ٣٩٦ ص ٢٦٣ .

الموضوعي ، وهو النزاع في الملكية ، على حاله لم يتأثر بالحراسة ، ومن الجائز أن يقضى بالملكية في النهاية للخصم الآخر الذي لم يعين حارساً . ويترتب على ذلك أنه إذا طلب أحد الخصوم من القاضي ضمن طلب الحراسة طلبات أخرى تتعلق بالموضوع ، قضت المحكمة بعدم اختصاصها بنظر هذه الطلبات إذا هي تخرج عن نطاق دعوى الحراسة^(١) . ويترتب على ذلك أيضاً أن القاضي إذ عين حارساً وحدد ما غوله من سلطات ، لم يجوز أن تتضمن هذه السلطات ما يمس الموضوع ، كأن يسلم أحد الخصوم ربع المال الموضوع تحت الحراسة^(٢)

(١) ولذلك لا يجوز للقاضي أن يحكم إلا بناء على ظاهر حقوق الطرفين وما تكشف عنه المستندات بداهة النظرة الأولى ، دون أن يتعرض لموضوع النزاع (استئناف مخطط ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٢ - عبد الحكيم فراج فقرة ٢٦٢) ، فلا يجزى الدعوى إلى التحقيق أو يتدب خبراء أو يوجه اليقين أو يقوم بنبر ذلك من وسائل الفحص الموضوعي ، أما البحث القانوني المحض بفرض أن الوقائع ثابتة ، فليس للقاضي بممنوع منه (محمد سليم راتب فقرة ٣٢١ ص ٨٣٧ - ص ٨٣٨ - محمد عبد الحليم فقرة ٢٩٦ ص ٢٦١ - نقض مدني ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ بمجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٥ ص ٢٨٢) . فقاضى الحراسة في تفسيره أو يحسم في موضوع الحق لا يحسم النزاع بين الخصمين لا في التفسير ولا في موضوع الحق ، بل لا يكون تفسيره أو يحسم إلا تفسيراً أو بحثاً عرضياً عاجلاً يتحس به ما يحتمل لأول نظرة أن يكون هو وجه الصواب في الطلب المروض عليه ، ويبقى للتفسير أو الموضوع محفوفاً سليماً يتنازل فيه ذور الشأن لدى جهة الاختصاص (نقض مدني ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١ رقم ٢١٠ ص ٩٩٨ - وانظر أيضاً نقض مدني ٧ مايو سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٥٧ ص ١١٠٢ - ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٦١ ص ٥٢٤ - استئناف مخطط ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٣ - ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧١ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٧٩ - ٢٣ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٩٩ - ١٦ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١١٨ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٦١ - ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٧٢ - ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٧٥ - ٨ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٢) .

(٢) استئناف مخطط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٧٦ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٧٩ - ولا يجوز تحويل الحارس سلطة تسليم البائع ربع العين المبيعة الموضوعة تحت الحراسة قبل أن يحكم في الموضوع في دعوى الفسخ التي رفعها البائع (عبد الحكيم فراج فقرة ٢٦٢) . ويعتبر مأساً بالموضوع : تحويل الحارس سلطة إيداع حصة الشركاء للمدعي عليهم في الربع خزافة المحكمة حتى يفصل في دعوى مطالبة أحد الشركاء بنصيبه في الربع الذي استولى عليه الشركاء المدعي عليهم ، إذ أن في هذا الإيداع حبساً لحق الشركاء في الربع عن مدة سابقة على الحراسة وماساً بالموضوع (مصر مستعجل ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المأماة ١٦ رقم ٨٨ ص ٢١٥) . كذلك =

٤٠٦ - المال الذي يجوز وضع تحت الحراسة القضائية : ويجب

في المال الذي يوضع تحت الحراسة أن يكون قابلاً للتعامل فيه ، وقابلاً لإدارته بواسطة الغير ، ومتصلاً بموضوع الدعوى بحيث يكون من شأن الفصل في هذا الموضوع احتمال رفع اليد الحالية عن المال . وهذه الشروط ، كما هي مطلوبة في الحراسة القضائية ، تطلب كذلك في الحراسة الاتفاقية .

فشرط قابلية المال للتعامل فيه يمنع من وضع الحراسة على الأموال العامة . ومع ذلك يجوز وضع المال العام تحت الحراسة إذا كانت ملكيته متنازلاً فيها ويدعيها أحد الأفراد وكانت صفته العامة متنازلاً فيها أيضاً^(١) . أما الأموال الخاصة للدولة وللأشخاص المعنوية العامة فيجوز وضعها تحت الحراسة^(٢) . ويجوز وضع المال غير القابل للحجز تحت الحراسة ، إذا لم

= يعتبر ماساً بالموضوع تخويل الحارس حق التزول من جزء من أجرة الألبان (استئناف مخطوط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٤٢ ص ١٠٣) ، وإن كان يجوز أن ينزل حق الصلح مع المستأجر إذا كان ذلك من قبيل حسن الإدارة (استئناف مخطوط ٢ يونيو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٢٠) . ولا يعتبر ماساً بالموضوع تخويل الحارس سلطة توزيع ريع الوقف على المستحقين بقدر ماورد في حجة الوقف ، فإن هذا عمل موقت تصوره نتائجها تبعاً للحقوق التي تستقر بعد انتهاء النزاع (نقض مدني أول يونيو سنة ١٩٣٩ المأماة ٢٠ رقم ٧٥ ص ٢٥٥) . كما لا يعتبر ماساً بالموضوع تخويل الحارس بيع الأموال الموضوعة تحت الحراسة إذا خيف عليها التلف أو هبوط القيمة ، وينتقل حق المصوم إلى النجني الذي يبيت به هذه الأموال (الإسكندرية مستعجل ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٣ المأماة ١٤ رقم ١٩٠ ص ٢٧٣) .

انظر في ذلك عبد الحكيم فراج فقرة ٢٦٢ - فقرة ٢٦٦ - محمد علي رشدي فقرة ٢٥٥ ص ٢٩٠ - استئناف مخطوط ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٩ - ٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٣١ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٢٩ - ١١ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣١٤ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٣٧ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٠ .

(١) ويجوز وضع الحراسة على زراعة الأفراد في الأملاك العامة ، وهو مايسمى « إيجار خفية » . فإذا قام نزاع بين الأفراد حول الانتفاع بزراعة الأملاك العامة ومن منهم أحق بالمحصولات القائمة عليها ، جاز وضع هذه المحصولات تحت الحراسة . والحراسة هنا فرضت على المحصولات وهي أموال خاصة ، ولم تفرض على الأملاك العامة ذاتها (انظر في هذا المعنى عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٥ وقد أثار إلى حكم صادر من القضاء المستعجل في ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٠ دائرة ٣ قضية رقم ١٢٦٠ سنة ١٩٥٠) .

(٢) محمد عبد الطيف فقرة ٢٤٦ - وإن كان ذلك مستبعداً للملاءة الدولة والأشخاص المعنوية العامة (عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٥ ص ٢٥٤) . ويقضي القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ =

تكن الحراسة من أجل دين يستوفى من هذا المال . فقانون خمسة الأفدنة مثلاً يمنع الحجز على هذه الملكية الزراعية الصغيرة والتنفيذ عليها بالدين ، فلا يجوز للدائن أن يطلب وضعها تحت الحراسة لاستيفاء حقه منها ، لأنه لا يستطيع التنفيذ عليها حتى لو قضى له في موضوع الدعوى بالحق الذى يدعيه^(١) . ولكن إذا وقع نزاع في ملكية الأفدنة الخمسة أو في حيازتها أوفى إدارتها، فإنه يجوز وضعها تحت الحراسة ، إذ أن النزاع الموضوعى لا شأن له بلدين يراد استيفاؤه^(٢) .

وشروط قابلية المال لإدارته بواسطة الغير يمنع من وضع الحراسة على مكاتب المحامين وعيادات الأطباء ونحوهم من ذوى المهن الحرة ، إذ لا يتصور أن يحل حارس محل المحامى أو محل الطبيب في مكتبه أوفى عيادته ، فإن الاعتبار الشخصى الملمحوظ في هذه الأحوال يمنع من ذلك^(٣) . ولكن يجوز وضع صيدلية^(٤) أو مدرسة أو كنيسة تحت الحراسة إذا أمكنت إدارتها بواسطة الغير ، فيمكن مثلاً وضع المدرسة تحت حراسة وزارة التربية والتعليم^(٥) ، ووضع

= المدلل لأحكام المادة ٩٧٠ مدنى بعدم جواز تملك هذه الأموال بالتقادم أو كسب أى حق عليها بمضى المدة ، ويرتب على ذلك أنه لا يجوز وضعها تحت الحراسة إذا كان النزاع يدور حول الحيازة أو التملك بالتقادم ، ويسرى ذلك أيضاً على الوقت الخيرى (محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤٠ هامش ٢) .

(١) ١٥ ملوى ١٥ سبتمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٠١ ص ١٤٠ - عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٦ - محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤٠ - ص ٨٤١ - ويجوز فرض الحراسة على الأموال الخاصة لقانون تسوية الديون المقارية (كفر الزيات ٧ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ ص ١١١١ - محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤٠ هامش ٢) .

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٦ ص ٢٥٥ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٥ .

(٣) محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤١ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٢ .

(٤) عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٨ - محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤٢ وهامش ١ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٣ - وقارن بودوى وقال فقرة ١٢٧٤ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٥ ص ٤٦٦ .

(٥) محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤٢ هامش ٣ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٤ - وانظر عكس ذلك الإسكندرية مستعجل ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ ص ١٠٨٣ .

وقد قضى بأنه يجوز وضع مدرسة سادها الاضطراب والفوضى تحت حراسة وزارة المعارف التي لها الولاية العامة على معاهد التعليم ولو لم تكن تابعة لها (عبد الحكيم فراج فقرة ٧٧ - ٢٥٦ ويشير إلى حكم مصر مستعجل ٢ يناير سنة ١٩٤٣ قضية رقم ٤٢١ سنة ١٩٤٣ وحكم صادر -

الكنيسة تحت الحراسة من التواحي المالية والإدارية دون مساس بالسلطان الروحي لرئيس الطائفة الدينية^(١) . وإذا وقع نزاع في شأن مسجد أنشأه أحد الأفراد ، جاز وضعه مثلاً تحت حراسة وزارة الأوقاف . ويجوز وضع جريدة تحت الحراسة إذا اقتضت الضرورة الملحة ذلك^(٢) .

وشرط اتصال المال بموضوع الدعوى يمنع من وضع أموال الوكيل تحت الحراسة في دعوى حساب عن إدارته ، إذ حتى لو ثبت انشغال ذمته

= في الاستئناف من محكمة مصر الوطنية أول فبراير سنة ١٩٤٣ دائرة أول قضية رقم ٣٢٢ سنة ١٩٤٣) . وقضى كذلك بتعيين حارس قضائي على مدرسة لتعليم اللاسلكي لإدارتها وتحصيل إيراداتها وحرف ما يلزمها من نفقات وإيداع مافي الإيراد خزانة المحكمة حتى يفصل في النزاع بين أصحاب المدرسة المذكورة (عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٧ ص ٢٥٦ وقد أشار إلى حكم مصر مستعجل ١٦ فبراير سنة ١٩٥٠ دائرة ٢ قضية رقم ٤٧٧ سنة ١٩٥٠) . ويجوز وضع الحراسة على النوادي الرياضية والجمعيات الثقافية ، وقد قضى بتعيين حارس قضائي على نادي الصيد في الدول بناء على طلب أحد أعضائه لضمان استمرار العمل فيه مؤقتاً عندما أغلقه رئيس لجنة النادي ورفض عقد الجمعية العامة طبقاً لقانون النادي (استئناف مخطوط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٠ - عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٧ ص ٢٥٧) . وقضى بفرض الحراسة على نقابة عمال شركة الترام لما احتدم الخلاف بين أعضاء النقابة ومجلس الإدارة (مصر مستعجل ٢٠ مارس سنة ١٩٤٠ الهامة ٢٠ ص ١٢٣٢ - محمد علي راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤٢ هامش ١) .

(١) عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٨ - محمد عبد الحليف فقرة ٢٥١ - استئناف أسبوط ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ الهامة ٨ رقم ٣٧٣ ص ٨١٣ - عكس ذلك أسبوط الكلية ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٦ الهامة ٦ رقم ٣٥١ ص ٥٢٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان النزاع بين طرفي الخصومة مقصوراً على وضع اليد على الكنيسة وحقوق الإدارة فيما يتعلق بمنقولاتها وأثاثها وتحصيل الاشتراكات والتبرعات ، فإنه يعتبر نزاعاً مدنياً ليس فيه ما يمس العبادات من قريب أو بعيد ، ويكون النفع بعدم اختصاص المحاكم المدنية بنظره استناداً إلى نص المادة ١٥ من لائحة ترتيبها على غير أساس . وإذا كان الحكم إذ قضى بإقامة حارس على الكنيسة قد جدد مأموريته - دون مساس بالسلطان الروحي لنبيطة الرئيس الديني الطائفة - بتسلم أموالها ومنقولاتها والإشراف على الترواس المالية والإدارية وتحصيل الإيرادات من اشتراكات وتبرعات وغيرها وصرف المصاريف الضرورية ودفع المرتبات وإيداع الباقي خزانة المحكمة على ذمة الفصل في الدعوى الموسوعة - إذا كان الحكم قد قضى بذلك ، فإنه لا يكون قد تجاوز حدود اختصاصه (نقض مدني ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٣ ص ١١٨) . وانظر محمد علي راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤٢ هامش ٢ .

(٢) استئناف مخطوط أول يونيو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٤٤ - ٣١ مايو سنة ١٩٤٤ م

يبلغ معين بعد تقديم الحساب ، فإن هذا لا يستوجب رفع يده عن ماله . وكذلك مطالبة ناظر الوقف بالحساب لا تسوغ وضع أعيان الوقف تحت الحراسة ، وإنما يسوغ ذلك قيام نزاع على النظر أو بين النظار أو دعوى بعزل الناظر أو شغل النظر على الوقف^(١) كما سيأتى :

فإذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر ، جاز وضع المال تحت الحراسة ، قضائية كانت الحراسة أو اتفاقية . ويستوى في ذلك أن يكون المال عقاراً أو منقولاً^(٢) . ويستوى كذلك أن يكون مالا مادياً كنزل أو أرض أو سيارة ، أو أن يكون ديناً في الذمة وقد قضى بتعيين حارس قضائى ليقوم بتحويل الأجرة من المستأجر وإيداعها خزانة المحكمة حتى يفصل في بطلان حجز المدينين لدى الغير الذى وضع تحت يد المستأجر^(٣) .

ويجوز أن يكون المال الموضوع تحت الحراسة حقوقاً معنوية كحق المؤلف وبراءة الاختراع والعلامة التجارية ، فإذا وقع نزاع في ملكية هذه الحقوق مثلاً ، جاز وضعها تحت الحراسة^(٤) .

(١) استئناف مصر ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ الهامة ١٥ رقم ١٩٨ ص ٤٠٩ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ٢٣٨ ص ٧٢٠ - أول يولييه سنة ١٩٣٩ الهامة ٢٠ رقم ٨٦ ص ٢٣٥ - محمد علي حرفة ص ٥٣١ - محمد كامل مرسى قرعة ٣٥٢ ص ٤٦٢ - ص ٤٦٤ .
(٢) سواء كان المال منفزاً أو شائعاً ، يشغله المدين عليه أو كان مؤجراً لغير (محمد علي واتب بقرة ٣٢٢ ص ٨٤٤ هاش ٢ و٣ والأحكام المشار إليها) .

(٣) استئناف مخطط ٢٢ أبريل سنة ١٩٩٠ م ٢ ص ٣١٢ - عبد الحكيم فراج بقرة ٢٧٢ - عكس ذلك استئناف مخطط ٢ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٣٢ - ٢٢ يناير سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ١١٨ - وقارن محمد عبد الحفيظ بقرة ٢٤٨ - وقد قضى بتعيين حارس على العقار إذ امتنع المستأجرون عن أداء الأجرة انتظاراً لفصل في دعوى بطلان التنازل الصادر من المؤجر لغير (استئناف مخطط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٧) .

(٤) عبد الحكيم فراج بقرة ٢٧٢ - محمد علي راتب بقرة ٣٢٢ ص ٨٤٥ هاش ١ - محمد عبد الحفيظ بقرة ٢٤٩ - وانظر في إمكان وضع الحراسة على دفاتر شركة محاصة أودها الشريك في قضية مع شخص ثالث ، فانتبه الشريك الأول هذه القرصة وطلب وضع الحراسة إذ أذكر شريكه وجود هذه الشركة : مصر مستعجل ٩ مايو سنة ١٩٣٨ الهامة ٢٠ ص ٦٥٢ - محمد علي راتب بقرة ٣٢٢ ص ٨٣٩ هاش ١ - وانظر عكس ذلك قنا الكلية ٢٧ يناير سنة ١٩٥١ الهامة ٣١ ص ١١١٩ - انظر أيضاً في جواز وضع الحراسة على المستندات بوردى وقال بقرة ١٢٧٣ .

ويجوز وضع الحراسة على مجموع من المال كالمشجر والزرعة والشركة^(١). وقد قام خلاف في ذلك في القانون الفرنسي وفي عهد التقنين المدني القديم^(٢)، ولكن التقنين المدني الجديد حمى هذا الخلاف بالنص الصريح، فأجاز في المادة ٧٢٩ منه الحراسة على مجموع من المال، كما أجاز في المادة ٧٣١ الحراسة على الوقف. ولكن لا يجوز وضع الحراسة على مجموع الذمة المالية للشخص، إذ أنه لا يجوز غل يد الشخص عن مجموع أمواله إلا في حالات الحجر والإفلاس والإعسار^(٣).

٤٠٧ - — مبحثاه : بعد أن مهدنا للكلام في الحراسة القضائية بتقرير أن شرط الخطر العاجل يجب توافره في جميع فروض هذه الحراسة وأحوالها، وبيان طبيعة هذه الحراسة وأنها إجراء تحفظي وقى لا يمس الموضوع، وبذكر الشروط الواجب توافرها في المال الذي يجوز وضعه تحت الحراسة والأنواع المختلفة لهذا المال، نتناول الآن موضوع الحراسة القضائية في مبحثين : نبين في الأول منهما الفروض التي يجوز فيها هذه الحراسة، ونتكلم في الثاني في دعوى الحراسة القضائية وتعيين الحارس القضائي.

(١) محمد عبد الحفيظ فقرة ٢٤٧.

(٢) ويرجع الخلاف إلى أن نص المادة ٢/١٩٦١ مدني فرنسي يميز الحراسة على عقاره أو على منقول بلفظ المفرد، وكذلك فعل النص الفرنسي للمادة ٦٠٠/٤٩١ مدني قديم، ففرقت الشبهة في أن الذي يجوز وضعه تحت الحراسة هو عين معينة بالذات لا مجموع من المال.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٠٠ في الماش وما يلي فقرة ٤٢٨ - محمد كامل مرسي فقرة ٣٥٥ من ٤٦٥ - وانظر في جواز الحراسة على أموال المدين المصري عبد الحكيم فراج فقرة ٢٣٨ - وعكس ذلك محمد عبد الحفيظ فقرة ٢٥٠ - وستعود إلى مسألة الحراسة على أموال المدين المصري فيما يلي فقرة ٤٢٨.

ويجوز وضع الحراسة على مال ليس في حيازة صاحبه : فتجوز الحراسة على العين المؤجرة ويتولى الحارس قبض الأجرة ويتفق منها على شؤون الحراسة (استئناف غنطط ٤ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٨٩ - أول مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٠٦ - ٥ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٥ ص ٧٠ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٤٦).

المبحث الأول

الفروض التي تجوز فيها الحراسة القضائية

٤٠٨ - الفروض المنصوص عليها في القانون ليست مذكورة على

سبيل المحصر : حتى نبين ذلك يحسن أن نستعرض ، في عجلة تاريخية ، نصوص التقنين المدني الفرنسي في الحراسة القضائية ، ثم نصوص التقنين المدني المصري القديم وقد أخذت عن نصوص التقنين المدني الفرنسي بعد أن توسع القضاء في تطبيقها والفقه في تفسيرها .

ظهرت الحراسة القضائية في النصوص التشريعية ، في القانون الفرنسي القديم ، في الأمر الملكي الصادر في أبريل سنة ١٦٦٧ . فقد نصت المادة الثانية من الباب التاسع عشر من هذا الأمر على أنه : « يجوز أن تقام الحراس ، بناء على طلب الخصوم أو بأمر المحكمة من تلقاء نفسها ، في حالة ما إذا قدر القضاء أن هناك ضرورة لإقامتهم ^(١) » وهذا النص كما نرى عام مطلق ، فليست هناك حالات محصورة للحراسة القضائية ، بل يجوز أن تقام هذه الحراسة في أية حالة يرى فيها القاضي ضرورة لإقامة الحراسة . فليس هناك إذن إلا شرط عام هو قيام الضرورة ، والضرورة تقوم بداهة بقيام الخطر الصاجل .

ولكن التقنين المدني الفرنسي لم يطلق العبارة كما أطلقها الأمر الملكي ، بل نصت المادة ١٩٦١ منه على ما يأتي : « يجوز للقضاء أن يأمر بإقامة حارس : (١) على مقولات المدين المجهوز عليها . (٢) على عقار أو متقول تكون ملكيته أو حيازته متنازعا عليها بين شخصين أو أكثر . (٣) على الأشياء التي يعرضها المدين لإبراء ذمته . » فجاء النص بعدد الحالات التي يجوز فيها فرض الحراسة القضائية ، ومن ثم ذهب فريق من الفقهاء وأحكام القضاء

(١) وهذا هو النص الفرنسي لإادة الثانية من الأمر الملكي الصادر في أبريل سنة ١٦٦٧ :

Les séquestres pourront être ordonnés tant sur la demande des parties que d'office, en cas que les juges estiment qu'il y a nécessité de le faire.

(انظر يودرى وقال مقرة ١٣٦٩ ص ٦٨٢) .

القدمة إلى أن هذا التعداد قد جاء على سبيل الحصر على تفاوت في درجة هذا الحصر^(١). ولكن كثيراً من أحكام القضاء الفرنسي وخاصة الحديث منها ، ذهب ، مع فريق آخر من الفقهاء ، إلى أن التعداد لم ينجح على سبيل الحصر ، بل جاء على سبيل المثال^(٢).

وقد تأثر المشرع المصري بالرأى الثاني ، فنصت المادة ٦٠٠/٤٩١ من التقنين المدني القديم على أن : للمحكمة أن تعين حارساً أو حافظاً للأشياء المتنازع فيها أو للموضوعة تحت يد القضاء ، كما يجوز لها أن تعين لذلك أحد الأشخاص المتفاعلين . فجاءت المبرة أكثر إطلاقاً من عبارة التقنين المدني الفرنسي في المادة ١٩٦١ منه على ما رأينا ، إذ لم يشترط المشرع المصري في الشيء المتنازع

(١) ديلجيهه فقرة ٥٣٦ - ترولون فقرة ٢٩٥ - هيك ١١ فقرة ٢٧١ - بون ١ فقرة ٥٦٠ - أوبري ورو (الطبعة الرابعة) ٤ فقرة ١٠٩ هوامش ٤ - ٧ - بلانيول وريير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٤ - نقض فرنسي ١٣ يولييه سنة ١٨٥١ دالوز ٥١ - ١ - ٢٦٩ - ١٧ يناير سنة ١٨٥٥ دالوز ١ - ١١ - ١٠ يولييه سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٦ - ١ - ٣١٣ - ٢٦ يولييه سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٧ - ١ - ٣٧٧ - ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ١ - ٣٤ - باريس ٥ مارس سنة ١٨٧٠ دالوز ٧١ - ٢ - ٨٩ - ٩ يناير سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦ - ٢ - ٢٨٨ - بوردو ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٠٤ مجموعة بوردو ١٩٠٥ - ١ - ١٧١ - الحين ٨ يولييه سنة ١٨٩٥ Le Droit ٨ أكتوبر سنة ١٨٩٨ - وقارن كولان وكايتان ودي لاموراندييه ٢ فقرة ١٢٤٨ ص ٨١٥ - چوسران ٢ فقرة ١٣٧٧ - أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ Séquestre فقرة ١٠ وما بعدها .

(٢) (١) لاروميير م ١١٨٠ فقرة ٦ - لوران ٢٧ فقرة ١٧٣ - كوليه دي سائير ٨ فقرة ١٧٣ مكررة - جيوار فقرة ١٧٥ - بودري وثال فقرة ١٢٦٩ - أوبري ورو وإيمان ٦ فقرة ٤٠٩ ص ١٩٠ هامش ١ مكرر ٦ - بلانيول وريير وبولانجه ٢ فقرة ٢٨٨٥ - نقض فرنسي ١٥ أبريل سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ١٦٩ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ جازيت دي پاليه ١٩٢٢ - ١ - ٤٣ - ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ جازيت دي پاليه ١٩٣٦ - ٢ - ٣٢٢ - باريس ٤ مايو سنة ١٨٦٧ دالوز ٦٧ - ٢ - ١٥٩ - ١٥ أبريل سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٦ - ٣ - ١٢٧ - ٢٩ يولييه سنة ١٩١٩ دالوز ١٩٢٠ - ٢ - ٧٤ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٥ جازيت دي پاليه ١٩٣٥ - ٢ - ٩٢٠ .

وقد توسع القضاء الفرنسي في الأحوال التي يجوز فيها فرض الحراسة إلى حد أنه أجاز فرضها على خلفات أعمال مهندس مهاري وأوراثته بعد أن انتقلت بموته إلى مهندس آخر ، وذلك حتى يتمكن ورثة المهندس الأول من الرجوع إليها في دفع دعاوى المسؤولية التي توجه إليهم كورثة (نأسي الاجتاذية ١٢ فيراير سنة ١٨٩٥ مجموعة أحكام نأسي ٩٥ - ١٥٧ - بودري وثال فقرة ١٢٧٣) .

عليه الذى يوضع تحت الحراسة أن يكون النزاع منصبا على الملكية أو الحيازة من ناحية ، وأجاز من ناحية أخرى الحراسة فى الشيء ولو لم يكن متنازعا عليه إذا كان موضوعا تحت يد القضاء . والمقصود بالشيء الموضوع تحت يد القضاء الشيء الخالى من النزاع المحكوم بإجراءات قضائية مرسومة لحماية الدائنين ، كالمنقول أو العقار المحجوز عليه والعقار المرهون عند تخلية الخائن لإياه^(١) . فلا يجوز إذن طبقا للنص أن تفرض الحراسة على شيء خال من النزاع وغير محكوم بإجراءات قضائية مرسومة لحماية الدائنين ، فلا تفرض الحراسة على أموال التركة أو على الأموال الموقوفة إذا طلب دائنو المورث أو دائنو المستحق فى الوقف وضعها تحت الحراسة . ولكن ما لبث القضاء فى مصر أن توسع فى تطبيق النص ، ولم يعتبر حالات الحراسة القضائية المنصوص عليها مذكورة على سبيل الحصر ، فأضاف إليها حالات أخرى غير مذكورة فى النص ، وأجاز مثلا فرض الحراسة على الأموال الموقوفة بناء على طلب دائنى الوقف أو دائنى أحد المستحقين فيه لاستيفاء ديونهم من ريعه^(٢) ، كما أجاز لدائنى التركة وضع أموال التركة تحت الحراسة لضمان وفاء ديونهم^(٣) ، بل أجاز لأى دائن أن يضع أموال مدبته تحت الحراسة إذا كانت هى الوسيلة الوحيدة المنتجة لتنفيذ حكم واجب النفاذ^(٤) .

(١) جرائد لولان فقرة ٩٠٨ ص ٣١٣ - عبد الحكيم فراج فقرة ٨٠ - فقرة ٨٢ - مصر الوطنية ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤٠ ص ٧٠١ .

(٢) نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٥٤ ص ٥٨١ - إسكندرية مستعجل ١٠ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٣ رقم ٣٧٤ ص ٧٥٩ - مصر مستعجل ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٤٢٣ ص ٩٣٥ .

(٣) استئناف مخطط ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٨ - ٣ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٧٠ - ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦٧ .

(٤) استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٢٦ ص ٨٦٣ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٢ ص ١٩٨ .

وانظر فى توسع القضاء المصرى فى حالات الحراسة القضائية فى عهد التتبعين المدنى القديم عبد الحكيم فراج فقرة ٨٤ وما بعدها . وانظر فى جواز وضع المال تحت الحراسة فى عهد التتبعين المدنى القديم عند وقوع نزاع أو عند قيام خطر عاجل : استئناف مدنى أول نوفمبر سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ٣١٣ - ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٥ الحقوق ١١ ص ٩ - استئناف مصر أول نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٩٣ ص ٤٠٠ - بنى سويف استئنافى ٢٨ سبتمبر سنة ١٨٩٠ =

وفى هذا الجو من توسع القضاء وضع التقنين المدنى الجديد ، فأورد فى نصين متتابعين - م ٧٣٠ وم ٧٣١ - الفروض التى تجوز فيها الحراسة القضائية : وقد سابر التقنين الجديد القضاء فى توسعه ، وإذا كان ظاهر النصين يشعر أن هذه الفروض مذكورة على سبيل المحصر ، إلا أن الواقع من الأمر أنها وسعت نطاق الحراسة القضائية إلى غير ما حد ، وأن فرضاً منها أجاز الحراسة القضائية ، إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يغشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزته ، فكسر هذا النص كل الحواجز ، وأصبحت الفروض الأخرى المذكورة فى النصين مجرد تطبيقات عملية لهذا الفرض العام ، وهى تطبيقات غير مذكورة على سبيل المحصر ، ولم يعد يشترط لفرض الحراسة القضائية غير الشرط العام وهو قيام الخطر العاجل ، دون تفريق بين حالة وأخرى . وتناول الآن الفروض التى نص عليها التقنين المدنى فى المادة ٧٣٠ منه وهى تعرض للأموال غير الموقوفة ، وفى المادة ٧٣١ وهى خاصة بالأموال الموقوفة .

= الحقوق ٥ ص ٣٨٠ - الجيزة ٢٢ أبريل سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ٦٨ - مصر استئناف ١٥ أكتوبر سنة ١٨٩٢ القضاء ٢ ص ١٦٨ - بين سوفي أول نوفمبر سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٣٤٩ - مخطوط جزئى ٢٤ أبريل سنة ١٩١٥ للشرائع ٣ رقم ١٦ ص ٨٩ . أسبوت استئناف ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرضمية ٢٣ رقم ٣٠ ص ٤٧ - مصر الكلية ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٦ ص ٢٠٢ - استئناف مخطوط ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ١٣ - ١٨ - ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٨٧ - ٤ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٢٦ . وانظر مع ذلك فى أن الحراسة هى من الإجراءات الاستثنائية التى لا يلجأ إليها إلا عند الضرورة : استئناف وطنى ١٥ يونيه سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٥ ص ٢٧٣ (ألغى المطلوب دفع هذه بالحراسة قدم تأييدات كافية فلا محل للحراسة) - ٢٧ مارس سنة ١٩١١ الحقوق ٢٧ ص ١٤ - مصر الوطنية ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص ٢١٢ (طالب الحراسة وأضغ يده على العين وخصه قبل أن يبنى وأضغ اليد فلا محل للحراسة) - ٢ يونيه سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٧٣ - مخطوط ٩ سبتمبر سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٣ ص ١٨٧ - استئناف مخطوط ٢٥ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٦٥ - ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢١٣ - ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥٨ - أول مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٧٨ - ٦ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣ - ٩ دجبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥١ - أول ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٢٧ .

المطلب الأول

أحوال الحراسة القضائية على الأموال غير الموقوفة

٤٠٩ - نص قانوني : تنص المادة ٧٣٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يجوز للقضاء أن يأمر بالحراسة » :

١ - في الأحوال المشار إليها في المادة السابقة إذا لم يتفق ذوو الشأن على الحراسة .

٢ - إذا كان صاحب المصلحة في منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائظه .

٣ - في الأحوال الأخرى المنصوص عليها في القانون ^(١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادة ٤٩١/٦٠٠ ^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

المادة ٦٩٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٣٠ - ولا مقابل للنص في

التقنين المدني العراقي - ويقابل في تقنين الموجبات والتقود اللبناني المادة

٧٢٠/٢١٠ ^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « ويجوز للقضاء أيضاً أن يأمر بالحراسة . ١ - في الأحوال المشار إليها في المادة السابقة إذا لم يتفق ذوو الشأن على الحراسة . ٢ - في الأحوال الأخرى المنصوص عليها في القانون . ٣ - إذا كان صاحب المصلحة في منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى منه أن يخلس الحائز هذا الشيء أو أن ي تلفه أو أن يغير فيه » . وفي لجنة المراجعة قدمت للفقرة الثالثة على الفقرة الثانية ، وعدلت العبارة الأخيرة منها ليكون حكمها عاماً دون أن تستلزم على صفة يستفاد منها المحصر ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٧٦٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٧٨ - ص ٢٨٠) .

(٢) التقنين المدني القديم م ٤٩١/٦٠٠ : المحكمة أن تعين حارساً أو حافظاً للأشياء المتنازع فيها أو الموضوع تحت يد القضاء ، كما يجوز لها أن تعين ذلك أحد الإخصام المترافعين . (وقد قلنا - انظر آنفاً فقرة ٤٠٨ - أن التقنين المدني القديم يقدم خطوة كبيرة نحو التصحيح من التقنين المدني الفرنسي ، وأنه على النحو الذي طبق به في القضاء المصري أصبح في مجموعه موافقاً للتقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٩٦ (مطابق)

ونرى من النص سالف الذكر أن هناك فروضاً ثلاثة تجوز فيها الحراسة القضائية . وإذا توخينا أن نرتب هذه الفروض ترتيباً نراعى فيه التدرج من التخصيص إلى التعميم ، لوجب أن نعدل عن الترتيب الوارد في النص ، بل ونعدل عن الترتيب الوارد في المشروع التمهيدي^(١) ، إلى الترتيب الآتي :

(الفرض الأول) ويشتمل على حالات وردت في نصوص معينة . وقد أجاز القانون فرض الحراسة القضائية في هذه الحالات الخاصة المذكورة على سبيل المحصر ، إذا توافرت الشروط التي نص عليها . ونرى من ذلك أن هذا الفرض الأول قد انحصر في حالات خاصة معينة بلواتها ، فهو أدنى مراتب التدرج من التخصيص إلى التعميم .

(الفرض الثاني) ويتناول الحالات المشار إليها في المادة السابقة على المادة ٧٣٠ مدني ، أي الحالات المشار إليها في المادة ٧٢٩ مدني وهي المادة الخاصة بالحراسة الاتفاقية . فتجوز الحراسة القضائية على « منقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم في شأنه نزاع ، أو يكون الحق فيه غير ثابت » (م ٧٢٩ مدني) ، « إذا لم يتفق ذوو الشأن على الحراسة » (م ٧٣٠ مدني) . وهنا نرى أننا انتقلنا خطوة من التخصيص إلى التعميم . فجعلنا الحراسة جائزة في كل شيء يقوم في شأنه نزاع . أو يكون الحق فيه غير ثابت . والمفروض طبعاً في هذا الفرض أن هناك خطراً عاجلاً وهو الشرط العام في كل حراسة قضائية كما قلنا ، ولكن قيام الخطر العاجل لا يكفي بل يجب أيضاً أن يكون هناك

= التفتين المدني الليبي م ٧٣٠ (مطابق) .

التفتين المدني العراقي لا يشتمل على نصوص في الحراسة .

تفتين المراجعات والقعود اللبناني م ١/٧٢٠ و ٢ : يعهد في الحراسة إلى شخص يتفق جميع ذوي الشأن على تعيينه من قبل القاضي - ولقاضي أن يقرر تعيين حارس : ١ - الشيء الذي يكون موضوع نزاع أو موضوع علاقات قانونية مشكوك فيها ، إلى أن يزول النزاع أو الشك ، أو الشيء الذي يعرضه المليون لإبراء ذمته . ٢ - للأموال المنقولة وغير المنقولة التي يمتثل صاحب الشأن ، لأسباب مشروعة ، أن يحتجزها ويضع اليد عليها أو يظفها أو يبيعها . ٣ - للأموال المنقولة الموقوفة لغير الدائن إذا أثبت الدائن عجز مديونه أو كان لديه من الأسباب المشروعة ما يحجب على الخوف من هربه أو اختلاسه تلك الأشياء أو تعيينها .

(وتتفق أحكام التفتين اللبناني مع أحكام التفتين المصري) .

(١) انظر كأنها نفس الفقرة في الخامس .

نزاع أو أن يكون الحق غير ثابت . ومن ثم كان هذا الفرض في منزله وسطى بين التخصيص والتعميم .

(والفرض الثالث) وفيه لا ترد حالات خاصة معينة بنواتها كما في الفرض الأول ، بل ولا يرد قيد قيام النزاع أو عدم ثبوت الحق كما في الفرض الثاني ، فيكفي أن يقوم خطر عاجل ، أو كما يقول النص أن تتجمع لدى صاحب المصلحة « من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه » ، حتى يجوز للقاضي أن يفرض الحراسة القضائية . فلا يشترط إذن في هذا الفرض الثالث إلتوافر الشرط العام في كل حراسة قضائية ، وهو قيام الخطر العاجل ، ومن ثم كان هذا الفرض هو أعلى مراتب التلرج من التخصيص إلى التعميم . ونبحث هذه القروض الثلاثة وفقاً لهذا الترتيب .

§ ١ - حالات وردت فيها نصوص قانونية

١٠٤ - أمثلة من هذه الحالات : نستبعد من هذه الحالات تلك التي يعين فيها مصف لمجموع من المال ، كسنديك التعليلية ومصنى الشركة (م ٣٤٤ مدنى وما بعدها) ومصنى التركة (م ٨٧٦ مدنى وما بعدها) : فالمصنى ليس حارساً يدير المال فحسب ، بل هو أيضاً يصفيه فيدفع الديون ويستوفى الحقوق ، وهذه سلطة أوسع من سلطة الحارس .

ونستبعد أيضاً من يكون مديراً للمال الشائع ، سواء عينته أغلبية الشركاء أو عينته المحكمة أو كان شريكاً تولى الإدارة دون اعتراض من الباقين (م ٨٢٨ مدنى) . فإن المهمة الأصلية لمدير المال الشائع هى إدارة المال وبأى حفظه تبعاً لذلك ، أما المهمة الأصلية للحارس القضائى فهى حفظ المال وتأمين إدارته تبعاً لذلك ، ولذلك كانت سلطة مدير المال الشائع فى الإدارة أوسع عادة من سلطة الحارس القضائى .

ونورد بعد ذلك أمثلة لحالات نص القانون على أن يقام فيها حارس قضائى ، وقد اخبرنا منها الحالات الآتية : (١) عرض المدين محل الوفاء على الدائن ووضعه تحت الحراسة (م ٣٣٦ مدنى) . (٢) نزاع الشيء الذى ترتب عليه حق انتفاع من المنتفع ووضعه تحت الحراسة (م ٩٨٨ مدنى) . (٣) تخليق العقار المرعون وتعيين حارس تتخذ فى مواجهته إجراءات نزاع الملكية .

(م ١٠٧١ مدني) . (٤) وضع الدائن المتقول المثل بحق امتياز لمصلحته تحت الحراسة (م ٣٣٣/١١ مدني) . (٥) تعيين حارس على المتقولات المحجوز عليها (م ٥١١ مرافعات) . (٦) وضع العقار المحجوز عليه تحت الحراسة (م ٦١٨ مرافعات) ^(١) .

٤١١ — عرصة المدين على الوفاء على الرأى ووضع تحت الحراسة : تنص المادة ٣٣٦ من التقنين المدني على أنه « إذا كان محل الوفاء شيئاً معيناً بالذات ، وكان الواجب أن يسلم في المكان الذي يوجد فيه ، جاز للمدين بعد أن ينذر الدائن بتسلمه أن يحصل على ترخيص من القضاء في إيداعه . فإذا كان هذا الشيء عقاراً أو شيئاً معلداً للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة » . وتنص المادة ٧٩٠ من تقنين المرافعات على أنه « إذا رفض العرض ، وكان المروض شيئاً غير النقود ، جاز للمدين أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس لحفظه في المكان الذي يعينه » . وقد عرضنا لهذه المسألة في الجزء الثالث من الوسيط عند الكلام في العرض الحقيقي والإيداع ، وقلنا إن نص المادة ٣٣٦ مدني « للتوفيق بينه وبين

(١) وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى مثلين من هذه الأمثلة الستة ، فقالت : « في الأحوال الأخرى المنصوص عليها في القانون ، كحالة توقيع الحجز (حل المتقول) وقد نصت عليها المادة ٥٠٨/٤٤٦ من تقنين المرافعات (القديم) ، وحالة العرض الحقيقي فيما لا يمكن إيداعه بخزينة المحكمة وقد نص عليها المشروع في المادة ٤٧٢ : انظر المادة ١٩٦١ من التقنين الفرنسي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٧٩) .

وهناك نصوص أخرى نصت على حالات يقام فيها حارس قضائي منها ما ورد في تقنين المرافعات ضمن الإجراءات المقررة في مواد الأحوال الشخصية ، ومن ذلك ما اقتضت به المادة ٩٤١ مرافعات وتنص على ما يأتي : « إل أن يصدر القرار بتثبيت منفذ الوصية ، يجوز له أن يطلب من المحكمة أن تأمر حل وجه الاستيعال بتسليمه أموال التركة باعتبارها مديراً مؤقتاً . ويجوز له أن يطلب تسليمه هذه الأموال بالصفة المذكورة بأمر يصدر من قاضي الأمور الوقفية على عريضة إذا لم يكن طلب تثبيته قد رفع إلى المحكمة » .

ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٩٦٧ مرافعات من أنه « يجوز لقاضي الأمور المستعجلة في أحوال الاستيعال أن يعين مديراً مؤقتاً للتركة بناء على طلب ذوى الشأن أو التناية ، وبين القاضي سلطة هذا المدير » . ومنها ما ورد في تشريعات خاصة ، ومن ذلك ما نصت عليه المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ (المضافة بالقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢) من أن « تظل الأعيان والأموال التي كانت موقوفة تحت يد ناظر الوقت حتى يتم تسليمها إلى مستحقها ، على أن تكون له في هذه الفترة صفة الحارس للقانون » .

المادة ٧٩٠ مرافعات ، يجب أن يجعل مفصلاً لأحكام هذه المادة . ويجب إذن أن نميز في غير النقود بين ما يمكن نقله وإيداعه كمجوهرات وعروض يسيرة النقل ، وبين ما هو معد للبقاء حيث وجد كالمقارنات وبعض المنقولات الصيرة النقل والتي هي معدة لتبقى حيث هي كالألات الزراعية والسيارات والمؤن وأدوات المعرة ونحو ذلك . فإذا كان المروض مما يتيسر نقله ، جاز للمدين أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة وفقاً للمادة ٧٩٠ مرافعات ، أو أن يطلب بعريضة من قاضي الأمور الوقفية وفقاً للمادة ٣٣٦ مدني ، أمراً بتعيين حارس لحفظ الشيء في المكان الذي يعينه القاضي ، وقد يكون هذا المكان هو خزانة المحكمة إذا تيسر ذلك كما هو الأمر في إيداع المجوهرات والأوراق المالية ونحوها . أما إذا كان المروض مما لا يتيسر نقله بل كان معداً للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين ، بالطريقة نفسها ، أن يطلب تعيين حارس لحراسته حيث يوجد دون أن ينقل . وفي جميع هذه الأحوال تقوم الحراسة في المكان الذي يعين أو في المكان الذي يوجد فيه المروض ، مقام الإيداع^(١) . ونرى من ذلك أن القانون قد فرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن الشيء المروض ، إذا كان مما لا يتيسر نقله ، وقد عرضه المدين لإبراء ذمته ، يكون في خطر عاجل إذا اقتصر المدين على تركه تحت تصرف الدائن دون أن يتسلمه هذا الأخير فعلاً ، فأوجب وضعه تحت الحراسة . وتكون الحراسة هنا قد توافر شرطها العام وهو قيام الخطر العاجل ، إلا أن هذا الشرط قد غرض القانون توافره فرضاً لا يقبل إثبات العكس كما قدمنا نظراً للظروف المحيطة بالشيء المروض ، وتقوم الحراسة في هذه الحالة مقام الإيداع^(٢) . وقد رأينا تقنين المرافعات يجعل أمر الحراسة هنا من اختصاص القضاء

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٣٤ .

(٢) وتنص المادة ٧٩٢ مرافعات على أنه « يجوز العرض الفعل حال المرافعة أمام المحكمة بدون إجراءات أخرى إذا كان من يوجه إليه العرض حاضراً . وتسلم النقود المروضة عند رفضها لكتاب الجلسة لإيداعها بخزانة المحكمة ، ويذكر في محضر الإيداع ما أثبت بمحضر الجلسة من تقارير المصوم خاصاً بالعرض ورفضه - وإذا كان المروض بالجلسة من غير النقود ، تمين على المارض أن يطلب إلى المحكمة تعيين حارس عليه لحفظه كما ذكر ، ولا يقبل البطن في الحكم الصادر بتعيين الحارس - والمارض أن يطلب على الفور الحكم بصحة العرض » .

المستعجل ، وهو القضاء المختص عادة في دعاوى الحراسة . ويمكن أن يفسر نص المادة ٣٣٦ مدني سالف الذكر على أن الترخيص في الإيداع ووضع الشيء المعروض تحت الحراسة يطلبان أيضاً من قاضي الأمور المستعجلة ، ولكن لما لم يصرح النص بذلك كما صرح نص المادة ٧٩٠ مرافعات ، أمكن أن يقال بالالتجاء إلى قاضي الأمور الوقفية للحصول على أمر على عريضة تقدم له ، وهو على كل حال اختصاص غير مألوف في دعاوى الحراسة كما سنرى .

٤١٣ - نزع الشيء الذي ترتب عليه من انتفاع من المتفع ووضع

تحت الحراسة : تنص المادة ٩٨٨ من التقنين المدني على ما يأتي : ١ - على المتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعد له ، وأن يديره إدارة حسنة . ٢ - وللمالك أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أن غير متفق مع طبيعة الشيء ، فإذا أثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطلب بتقديم تأمينات ، فإن لم يقدمها المتفع أو ظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها ، فللقاضي أن ينزع هذه العين من تحت يده وأن يسلمها إلى آخر يتولى إدارتها ، بل له تبعاً لخطورة الحال أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع دون إخلال بحقوق الغير .

وهذا النص ليس إلا تطبيقاً واضحاً لدعوى الحراسة في صورتها المألوفة ، فالمتفع يستعمل الشيء استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعته ، وقد عرضه بهذا الاستعمال لخطر عاجل يصيب حقوق المالك . فيجوز للمالك في هذه الحالة أن يرفع الأمر إلى القضاء المستعجل ، وبعد أن يثبت الخطر العاجل الذي يهدد الشيء ، يحصل على حكم بتقديم تأمينات . فإن لم يحصل على هذه التأمينات ، أوحصل عليها ومع ذلك استمر المتفع في إساءة الانتفاع ، جاز للمالك أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة ، بل يجوز له تبعاً لخطورة الإساءة في الاستعمال أن يطلب إسقاط حق الانتفاع ورد العين إليه . فالحراسة هنا ، كالحراسة في أي موضع آخر ، يجب أن يتوافر فيها شرط قيام الخطر العاجل ، وليس هذا الشرط مفروضاً توافره كما فرض توافره في الحالة السابقة ، بل يقع على المالك عبء إثباته . ودعوى الحراسة ترفع أمام القضاء المستعجل ،

كسائر دعاوى الحراسة . ومن الحائز أن ترفع دعوى موضوعية بإسقاط حق الانتفاع ، وترفع تبعاً لها أمام محكمة الموضوع دعوى مستعجلة بوضع العين تحت الحراسة^(١) .

٤١٣ - تحلية العقار المرهون وتعيين حارس تحفه في مواسمه

إجراءات نزع الملكية : تنص المادة ١٠٧١ من التقنين المدني على أن « ١ - تكون تحلية العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة ، ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك في هامش تسجيل التفتيش بنزع الملكية ، وأن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التحلية خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها . ٢ - ويجوز لمن له مصلحة في التمتع أن يطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية . ويعين الحائز حارساً إذا طلب ذلك » .

ويتبين من النص صالف الذكر أننا أمام حالة من حالات الحراسة ، يفرض فيها القانون ، فرضاً غير قابل للإثبات العكس ، أن هناك خطراً عاجلاً إذا لم يوضع العقار المرهون الذي تحل عنه الحائز تحت الحراسة ، وذلك نظراً لضرورة المضي في إجراءات نزع الملكية محافظة على حقوق الدائنين ، وتعرض هذه الحقوق لخطر عاجل إذا لم يوجه شخص تتخذ في مواجهته الإجراءات بعد أن تحل الحائز عن العقار المرهون . ومن ثم يجوز للدائن المباشر للإجراءات ،

(١) ودل المنتفع المرتين رهن حيازة . وقد نصت المادة ١١٠٦ على ما يأتي :

« ١ - يتولى الدائن المرتين إدارة الشيء المرهون ، وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد ، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الرهن ، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الرهن من كل أمر يقتضي تحفله . ٢ - فإذا أساء الدائن استغلال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أوارتكب في ذلك إهمالاً جسيماً ، كان للرهن الحق في أن يطلب رفع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ماعليه . وفي الحالة الأخيرة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لا تسري عليه فائدة ولم يكن قد حل أجله ، فلا يكون للدائن إلا ما يبين من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بمررها القانوني عن المدة مابين يوم الوفاء ويوم حلول الدين » .

وما قلناه في المنتفع فقولاه في المرتين رهن حيازة . فالنص ليس إلا تطبيقاً واضحاً لدعوى الحراسة ، فهناك خطر عاجل من إدارة المرتين لشيء إدارة سيئة أو من إهماله الجسم أو من إساءته استعماله ، فجاز للمدين الرهن أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة ، بل جاز له طلب إسقاط حق الرهن واسترداد الشيء المرهون مقابل دفع المدين على الوجه المبين بالنص .

أو أى دائن آخر ، أو الحائز نفسه ، أو أى شخص له مصلحة فى التمتع ، أن يرفع الأمر إلى القضاء المستعجل لوضع العقار تحت الحراسة . ويعين القاضي حارساً للعقار ، ما لم يطلب الحائز نفسه أن يكون هو الحارس فيعيه . وتتخذ فى مواجهة هذا الحارس إجراءات نزع الملكية ، ولو كان الحارس هو الحائز فإن الإجراءات فى هذه الحالة تتخذ ضده بصفته حارساً لا بصفته مالِكاً .

٤١٤ - وضع الدائن المنقول الثقيل بحق امتياز له تحت الحراسة : تنص الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٣ من الترتين المدنى على ما يأتى : « وإذا خشى الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول الثقيل بحق امتياز لمصلحته ، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة » .

ويتبين من هذا النص أن الدائن الذى له حق امتياز على المنقول ، كالدائن بمبالغ منصرفة فى البذر والسماد وأعمال الزراعة والحصاد وله حق امتياز على المحصول الذى صرفت هذه المبالغ فى إنتاجه ، وكالمؤجر وله حق امتياز على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة ، وكبائع المنقول وله حق امتياز على المنقول المبيع ، يجوز أن يطلب وضع المحصولات الموجودة بالأرض ، أو وضع المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة ، أو وضع المنقول المبيع ، تحت الحراسة . ويشترط فى ذلك أن يخشى الدائن لأسباب معقولة من أن يبدد المدين المنقول الثقيل بحق الامتياز ، فإنه إذا تصرف فى هذا المنقول لحائز حسن النية لم يستطع الدائن أن يحتج بحق الامتياز على هذا الحائز (م ١/١١٣٣ مدنى) . ونرى من ذلك أن النص سالف الذكر ليس إلا تطبيقاً لدعوى الحراسة فى صورتها المألوفة ، إذ على الدائن أن يثبت أنه تجمعت لديه أسباب معقولة يخشى معها من خطر عاجل على حق امتياز ، فهو يتوقع أن المدين يوشك أن يتصرف فى المنقول فإذا كان من يتصرف له حسن النية وحاز المنقول ضاع على الدائن حق الامتياز . وهذا هو الشرط العام فى جميع دعاوى الحراسة . ويرفع الدائن هذه الدعوى أمام القضاء المستعجل ، إلا إذا كان قد رفع دعوى موضوعية يطالب فيها المدين بحقه فيستطيع عندئذ أن يرفع دعوى مستعجلة بالحراسة أمام محكمة الموضوع تبعاً للدعوى الموضوعية :

١٥٠ - نصيب مارس على المتقولات المحجوز عليها: تنص المادة ١١٠

من تقنين المرافعات على أن « يعين المحضر حارساً على الأشياء المحجوزة ، ويختار هو هذا الحارس إذا لم يأت الحاجز أو المحجوز عليه بشخص مقتدر . ويجب تعيين المحجوز عليه إذا طلب ذلك ، إلا إذا خيف التبدد وكان لذلك الخوف أسباب معقولة تذكر في المحضر . ولا يجوز أن يكون الحارس خادماً للحاجز أو للمحضر ، ولا أن يكون قريباً أو صهرراً لأحدهما إلى الدرجة الرابعة » . وتنص المادة ١١٢ من نفس التقنين على أنه « إذا لم يجد المحضر في مكان المحجز من يقبل الحراسة وكان المدين حاضراً ، كلفه الحراسة ولا يعتد برفضه إياها . أما إذا لم يكن حاضراً ، فيجب على المحضر أن يتخذ جميع التدابير الممكنة للمحافظة على الأشياء المحجوزة ، وأن يرفع الأمر على الفور لقاضي محكمة المواد الجزئية ليأمر إما بنقلها وإداعها عند أمين يقبل الحراسة بخاتره الحاجز أو المحضر ، وإما بتكليف أحد رجال الإدارة المحلية الحراسة مؤقتاً » .

ويلاحظ هنا أن الخطر العاجل الذي فرضه القانون فرضاً لا يقبل إثبات العكس هو الخطر الذي تتعرض له مصلحة الدائن الحاجز فيها إذا بددت المتقولات المحجوز عليها أو ضاعت ، ومن أجل ذلك أوجب القانون تعيين حارس عليها يقوم بحفظها وصيانتها ويقدمها في اليوم المحدد للبيع . وهنا نرى أن الحراسة مقررة بموجب القانون فلا حاجة لاستصدار حكم بها أو أمر على عريضة . أما الحارس فلا يعينه القاضي ، بل المحضر الذي يوقع المحجز . وقد اشترط القانون كما رأينا ألا يكون الحارس خادماً للحاجز أو للمحضر أو أن يكون قريباً أو صهرراً لأحدهما إلى الدرجة الرابعة . ويسن القانون الطريقة التي يعين بها الحارس ، فيعين المحجوز عليه إذا طلب ذلك ما لم يخش لأسباب معقولة أن يبدد المتقولات المحجوز عليها . فإن لم يطلب المحجوز عليه تعيينه حارساً ، وأتى هو أو الحاجز بشخص مقتدر ، عيته المحضر حارساً . فإن لم يأت أحد منهما بشخص مقتدر ، عين المحضر الحارس بنفسه . فإن لم يجد في مكان المحجز شخصاً مقتدراً يقبل الحراسة ، وكان المحجوز عليه حاضراً ألزمه أن يكون حارساً ، « فليس في تحميله واجب المحافظة على ماله إعنات له » كما تقول المذكرة الإيضاحية لتقنين المرافعات . أما إذا لم يكن المحجوز

عليه حاضراً ، فإنه يجب على المحضر أن يتخذ التدابير اللازمة للمحافظة على المقتولات وأن يرفع الأمر فوراً لقاضي المحكمة الجزئية ، فيعين هذا حارساً يختاره الحاجز أو المحضر ، أو يكلف أحد رجال الإدارة المحلية بأن يكون حارساً . « ولا يجوز أن يستعمل الحارس الأشياء المحجوز عليها ولا أن يستغلها أو يبرها ، وإلا حرم من أجره الحراسة فضلاً عن إلزامه بالتعويضات^(١) . وإنما يجوز له إذا كان مالكا لها أو صاحب حق في الانتفاع بها أن يستعملها فيما خصصت له . وإذا كان المحجز على ماشية أو عروض أو أدوات أو آلات لازمة لإدارة أو استغلال أرض أو مصنع أو مستغل أو مؤسسة ، جاز لقاضي الأمور المستعجلة بناء على طلب أحد ذوى الشأن أن يكلف الحارس الإدارة أو الاستغلال أو يستبدل به حارساً آخر يقوم بذلك » (م ٥١٤ مرافعات) . « ولا يجوز للحارس أن يطلب إعفاءه من الحراسة قبل اليوم المحدد للبيع إلا لأسباب توجب ذلك . ويرفع هذا الطلب بتكليف المحجوز عليه والحاجز الحضور أمام قاضي محكمة المواد الجزئية بميعاد يوم واحد ، ولا يجوز الطعن في الحكم الذي يصدر . ويجرد المحضر الأشياء المحجوزة عند تسليم الحارس الجديد مهمته ، ويثبت هذا الجرد في محضر يوقع عليه الحارس ويسلم صورة عنه » (م ٥١٥ مرافعات) .

٤١٦ - وضع العقار المحجوز عليه تحت المراقبة : في التنفيذ على العقار تنص المادة ٦١٧ مرافعات على أن « تلحق بالعقار ثمراته وإيراداته من يوم تسجيل التنبيه ، ليوزع منها ما ينص المدة التي تلى التسجيل كما يوزع ثمن

(١) ويجوز للقضاء المستعجل أن يزيل الحارس وأن يستبدل به غيره ، كما يجوز له أن يقتصر مأمورية الحارس على جرد المقتولات المحجوز عليها والإشراف على بقائها في مكان المحجز ومباينتها في أوقات محددة ، حتى يتيسر للمحجوز عليه الاستمرار في الانتفاع بها (مصر مستعجل ٩ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٢٠ رقم ٢٢٨ ص ٦٤٧ - محمد عبد الحليف فقرة ٣٥٧ ص ٢٩٥) . ويجوز للنوى الشأن طلب الحكم بيزول الحارس إذا قامت أسباب جديدة تبرر ذلك (محمد عبد الحليف فقرة ٣٥٧ ص ٢٩٦) . واختيار الحارس من حق الدائن الحاجز ، وإذا كان قد أجازت إقامة الدين حارساً فذلك مشروط فيه رضا الحاجز أو أهل الأقل علم اعتراضه (مصر مستعجل ٩ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٢٠ رقم ٢٢٨ ص ٦٤٧ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) . والمعين المحجوز عليه هو المسئول أصلاً من أجره الحارس. المعين على الأشياء المحجوز عليها (تلا ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٨٧ ص ٧٥٢) .

العقار . ومن هنا أوجب القانون إقامة حارس على العقار حتى يكون مسئولاً عن ثمراته وإيراداته من يوم تسجيل التنييه بنزع الملكية ، إذ « يرتب - كما تقول المادة ٦١٥ مرافعات - على تسجيل التنييه اعتبار العقار محجوزاً » . والحراسة هنا أيضاً تنقرر بموجب القانون وتقوم على خطر عاجل يفرضه القانون فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، وهذا الخطر يهدد مصلحة الدائنين فيما يتعلق بآثار العقار وإيراداته والخشية من أن تبدد أو تضيع^(١) .

بقي تعيين الحارس ، وهنا فرق القانون بين ما إذا لم يكن العقار مؤجراً وكان قد أوجر . ففي الحالة الأولى تنص المادة ٦١٨ مرافعات على أنه « إذا لم يكن العقار مؤجراً ، اعتبر المدين حارساً إلى أن يتم البيع ، ما لم يحكم قاضى البيوع - بصفته قاضياً للأمر المستعجلة بعزله من الحراسة أو بتحديد سلطته ، وذلك بناء على طلب الدائن الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذى . وللمدين الساكن فى العقار أن يبقى ساكناً فيه دون أجرة » . فالمحجوز عليه إذن يعتبر حارساً بحكم القانون ، ومع ذلك يجوز عزله واستبدال حارس آخر به ، أو تمديد سلطته كأن يفرض عليه بيع الثرات والحاصلات بالزاد العلى ، وذلك بحكم يصدر من قاضى البيوع بصفته قاضياً للأمر المستعجلة^(٢) ، بناء

(١) وبين الحارس حتى لوطن في تنييه نزع الملكية بالمعارضة (استئناف مخطط ٢١ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٦٩) . ولا يجوز لكفيل المدين المتخذ فيه إجراءات نزع الملكية طلب وضع العين تحت الحراسة (استئناف مخطط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٧٩) .

ولم تكن المادة ٥٤٥ مرافعات وطنى تقدم تنص على الحراسة كما نصت عليها المادة ٦٢٢ مرافعات مخطط ، ولكن القضاء الوطنى كان يفرض الحراسة (استئناف مصر ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ الهامة ١٦ رقم ٣٢٧ - ٧٠٢ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ الهامة ١٧ رقم ٩٢ ص ١٩٨ - مصر الكلية ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ الهامة ٢٠ رقم ٣١٩ ص ٨٢٦ - بى سوف الكلية ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٠ الهامة ٢٠ رقم ٤٠١ ص ٩٦٨ - انظر عكس ذلك وأن الحراسة لا تفرض على العقار المزروع ملكيته : استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ الهامة ١٣ رقم ٤٢٦ ص ٨٦٢ - انبيا الكلية ٢٠ مارس سنة ١٩٣٣ الهامة ١٤ رقم ١٣٧ ص ٢٦٩) .

(٢) (أوبصر من القاضى الأصل للأمر المستعجلة (محمد عبه اللطيف فقرة ٢٨٤) . أما قاضى البيوع بصفته قاضياً للأمر المستعجلة فإنه يمثل المحكمة الكلية التى تدبته ، ومن ثم فالحكم الصادر منه بعزل المدين من الحراسة على العقار يكون استئنافه أمام محكمة الاستئناف . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن مفاد المادة ٦١٢ من قانون المرافعات أن اختصاص قاضى البيوع يتنوع بحسب قينة المعارفات التى يجرى بينها ، فهو تارة يكون قاضياً جزئياً وفى تارة أخرى يمثل -

على طلب الدائن الحاجز أو أى دائن آخر يده سند تنفيذي^(١) . وإذا كان

= المحكمة الابتدائية التي يندب ويحل محلها في إجراء البيع الخاصة لها ، بما في ذلك ، اراسة الاختصاصات الأخرى المتصلة بالتنفيذ على العقار والتي نص عليها القانون ، ومن ذلك ما أورده المادة ٦١٨ مرافعات من اختصاصه بالحكم بزل المدين من الحراسة على العقارات التي يجري بيعها أمامه أو تحديد سلطته وذلك بصفته قاضياً للأمر المستجلة . ولم يقصد المشرع من إضفاء هذا الوصف على قاضي البيع أن يجعل منه قاضياً للأمور المستجلة مختصاً بنظر كل المسائل المستجلة والتي عني عليها من فوات الوقت ، وإنما أراد تخصيصه بأن يقضى قضاء مستجلاً فيما نصت عليه المادة ٦١٨ من قانون المرافعات يمارس اختصاصه فيه بطريق التبعية لتنفيذ على العقار ويمنه تطبيقاً لما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٤٩ مرافعات . ومن ثم فإن الحكم الصادر من قاضي البيع بالمحكمة الابتدائية يرفض طلب الحراسة يعتبر بمثابة حكم صادر من المحكمة الابتدائية نفسها ولا سبيل إلى استئنافه أمام نفس المحكمة التي أصدرته ، بل يرفع الاستئناف عنه لدى محكمة الاستئناف (نقض منقذ ٢٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥٨ ص ٣٧٧) .

(١) والقاضي عزل المحجوز عليه وتعيين حارس آخر مكانه ، ليس بحسب إذا امتنع من إيداع ثمرات العقار لحساب الدائنين ، بل أيضاً إذا أودعها ولكن ثبت القاضي أنه سيء الإدارة لا يستغل العقار الاستغلال المألوف ، ومن باب أول إذا ثبت أنه سيء التئمة ويتعد سوء الإدارة إصراراً بحق الدائنين (انظر في هذا المعنى عبد الحكيم فراج فقرة ٢١٣ من ٢٠٤ - ص ٢٠٥ - استئناف مخطوط ١٤ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٦٥ - ومع ذلك انظر في أن القاضي يعين عليه عزل المحجوز عليه وتعيين حارس آخر مكانه بمجرد أن يطلب من ذلك : مصر - مستجبل ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ الهامة ١٣ رقم ٤٤٩ ص ٩٠٨ - وانظر في أن تقدير القاضي للحكم بالعزل يجب ألا يتعدى تصرف المدين في ثمار العقار ، فإذا امتنع عن إيداعه لثمة الدائنين ولم يقدم ضماناً يكفل اتباعه أحكام لقانون في المستقبل وجب عزله وتعيين حارس آخر مكانه : استئناف مخطوط ١١ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٥٧ - محمد علي رشدي فقرة ٢٤٢ ص ٣٣٨ - وانظر في أن الحائز للعقار له أن يمارس في وضع العقار المزروع ملكيته تحت الحراسة إذا أثبت أنه لم يصرف في ربيع العقار : استئناف مخطوط ٦ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٦٤) .

وإذا امتنع المحجوز عليه من إيداع ثمرات العقار لحساب الدائنين ، عزله القاضي كما قدما وعين حارساً آخر مكانه ، وذلك حتى لو ثبت أن قيمة العقار كبيرة إلى حد أنها تكفي لوفاء جميع الديون كاملة (محمد علي رشدي فقرة ٢٤٢ - انظر عكس ذلك وأنه لا محل لتعيين حارس جديد في هذه الحالة : عبد الحكيم فراج فقرة ٢١٢ ص ٢٠٢ - محمد عبد الحفيظ فقرة ٢٨٤ - استئناف مصر ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الهامة ٨ رقم ١٣٤ ص ١٨١ - ١٥ - نوفمبر سنة ١٩٣٢ الهامة ١٣ ص ٧١٧ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ الهامة ١٧ رقم ٩٢ ص ١٩٨ - استئناف مخطوط ١٢ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٣٣ - ١٥ - نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٣٣ - ١٣ - ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٧ - ١١ - ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٥٤ - ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٠ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا صدر حكم بوضع عين بوضع تحت الحراسة بناء على أن طالب الحراسة قد اتفقوا بإجراءات تزع ملكية هذه العين وبمجلوا تنبيه تزع الملكية بما يترتب عليه إلحاق ثمرات العين بها ، ثم رفع شخص دعوى أمام القضاء المستجبل طلب فيها رفع الحراسة بناء على =

العقار داراً للسكنى ، والمفروض أن المحجوز عليه هو الذى يسكنه لأنه غير مؤجر ، فله أن يبقى ساكناً فيه دون أجرة^(١) . أما إذا كان العقار أرضاً زراعية ، والمفروض أن المحجوز عليه هو الذى يقوم بزراعتها لأنها غير مؤجرة ، فله أن يبيع ثمرات العقار وحاصلاته متى كان ذلك من أعمال الإدارة الحسنة « (م ٦١٩ مرافعات)^(٢) . كذلك يجوز « اكل دائن يده سند تنفيذي أن يطلب بعريضة من قاضى البيوع أمراً بتكليف أحد المحضرين أو الدائنين أو غيرهم حصاد المحصولات وجنى الثمرات وبيعها . وتباع المحصولات والثمرات بالزاد أو بأية طريقة أخرى يأذن بها القاضى ويودع الثمن خزنة المحكمة^(٣) . وفي الحالة الثانية ، « إذا كان العقار مؤجراً ، فمجرد

« أنه المالك المين وأن إجراءات نزع الملكية لم تتخذ في واجهته مع أنه أعبر طلب الحراسة بأنه المالك المين بموجب عقد مسجل فهو الحائز لها قانوناً ، ومقتضى ذلك أن تكون إجراءات نزع الملكية وماترتب عليها من إلحاق ثمرات المين بها باطلة ولا تسرى في حقه ، فقضت محكمة المواد المستعجلة بعدم اختصاصها بالفصل في هذا الطلب بناء على أن طلب الحراسة لم يسلموا بأن المدعى هو الحائز للمين ، وأنه لتبين صحة هذا الادعاء يكون من اللازم تطبيق مستندات الملكية على الطبيعة ما يفرج عن اختصاص القضاء المستعجل ، فالعزل في هذا الحكم من المدعى المذكور بأنه إذ قضى بعدم اختصاص القضاء المستعجل بالفصل في طلب رفع الحراسة قد أقر الحكم السابق مع أن أثره لا يصح أن يندى إليه لعدم اتخاذ إجراءات نزع الملكية في مواجهته لا يكون له وجه (نقض ملف ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٥ ص ٣٨٣) .

(١) إلا إذا عين أجنبى حارساً ورأى أن المصلحة تقتضى بإخراج المدين من سكته حتى يتمكن من الإدارة (استئناف مخطط ١٢ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٥٥) .

(٢) والمحجوز عليه أن يأخذ من ثمرات الأرض ما يلزم لقوته ولقوت أهله ، قياساً على الحكم القاضي بعدم جواز الحجز على الحبوب والذيق اللذين لقوت المدين وأسرته (محدد عبد الطيف فقرة ٢٨٣ ص ٢٥٢ هامش ٢) .

(٣) وكان القضاء المخطئ يميز الحراسة على العقار حتى قبل توقيع الحجز عليه إذا كانت الظروف تقتضها (استئناف مخطط ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٠ - ٩ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤١ ص ٢١٨ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٠) ، كما كان يميز الحراسة في الحالات التي يكون العقار فيها مؤجراً إذا وجد مرور الحراسة (استئناف مخطط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٤٨ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٢٣ - ١١ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٧ ص ٥٥٧ - ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٠ - ٢٨ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٤ ص ٥٢ - ٢١ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٥ ص ١٣٧) ، كأن يثبت أن الإيجار صوري أو باطل (استئناف مخطط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٤٥) ، أو أن هناك تواطؤاً بين المؤجر والمستأجر (استئناف مخطط ١٢ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤٠٦ - ٢١ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٩ - ٧ نوفمبر -

التكليف من الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذى للمستأجر بعدم دفع ما يستحق من الأجرة بعد تسجيل التنيه يقوم مقام الحجز تحت يده ، دون حاجة إلى أى إجراء آخر (م ٦٢٢ مرافعات) . وقد يوفى المستأجر الأجرة للمحجوز عليه قبل أن يصل إليه التكليف بعدم الدفع ، ففي هذه الحالة يصح الوفاء ، ويكون المحجوز عليه مسئولاً عما استوفاه من الأجرة بوصفه حارساً (م ٦٢٣ مرافعات)^(١) .

§ ٢ - قيام نزاع في شأن المال أو عدم ثبوت الحق فيه

٤١٧ - الشروط الواجب توافرها في هذا الفرصه : قدمنا أن قيام الخطر العاجل هو شرط عام يجب توافره في جميع فروض الحراسة القضائية ، وأحوالها المختلفة . فيجب إذن أن يتوافر هذا الشرط في الفرض الذى نحن بصددده .

ولما كنا لم نصل بعد ، في هذا الفرض الثانى ، إلى أعلى مراتب التعميم فإنه لا يزال مشروطاً ، إلى جانب قيام الخطر العاجل ، قيام نزاع في شأن المال أو عدم ثبوت الحق فيه .

سنة ١٩٢٨ م ٤١ م ٢٣-٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٣٩-١٤ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ م ١٥١ - ٦ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ م ٦٤ - ٢٣ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ م ١٨٢ - ١٥ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ م ١٦٤) أو أن هناك شبهة توافر بأن نص مثلاً في عقد الإيجار على دفع الأجرة مقدماً (استئناف مخطط ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ م ١٥٠) ، أو أن المستأجر غير الشك ولم يقدم من الضمانات ما يكفى لحصول الدائنين على الثمرات (استئناف مخطط ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ م ٣٤١) .

ويمكن الأخذ بهذا القضاء حتى يهـ صدور تقنين المرافعات الجديد ، إذ أن نص المادة ٦١٨ من هذا التقنين يوافق نص المادة ٦٢٢ من تقنين المرافعات المخطط (محمد عبد الحليم بقرة ٢٨٦) . (١) ويخلص من ذلك أنه إذا كان القرار موجراً ، فإن وضعه تحت الحراسة وتعيين المحجوز عليه سارساً لا يكون إلا إذا قبض هذا الأخير شيئاً من الأجرة قبل تكليف المستأجر بعدم الدفع . أما إذا لم يقبض المحجوز عليه شيئاً من الأجرة ، فتكليف المستأجر بعدم الدفع يصح سحراً على الأجرة تحت يده ، ولا تقوم ثمة حاجة للحراسة أو لتعيين حارس (استئناف أسبوط ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٥٠٥ م ٨٨٥ - استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٢٦ م ٨٦٣ - قارن استئناف مخطط ٦ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ م ٨٢ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٥ م ٤٨ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ م ٢٣ - ٢١ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٤٥ م ١٢٧ - مصر مستعجل ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ المحاماة ٣٥ رقم ٩٣٠ م ١٧٨١) .

والنزاع الذي يقوم في شأن المال يجب أن يكون نزاعاً جدياً^(١)، وتكنى
جدية النزاع فلا يشترط أن تكون هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء^(٢). ويقوم
النزاع في شأن أى مال، عقار أكان أو منقولاً أو مجموعاً من المال، كما هو
صريح نص المادة ٧٢٩ مدنى التى تحيل عليها المادة ٧٣٠ مدنى، إذ تقول
المادة ٧٢٩ مدنى كما رأينا: «الحراسة عقد يعهد الطرفان بمقتضاه إلى شخص
آخر بمقتول أو عقار أو مجموع من المال يقوم في شأنه نزاع أو يكون الحق فيه
غير ثابت. ٤. فقيام نزاع في شأن منقول أو عقار أو مجموع من المال،

(١) استئناف مخطط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٩ ص ٧٣ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧
م ٤٠ ص ١٠٨ - وقارن استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٤ رقم ٨٤ ص ١٦٥.
(٢) استئناف مخطط ٦ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٨ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م
٢٣ ص ١٢ - نقض فرنسى ٢٧ يولية سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢١ - ١ - ١٢٤ - بلائبول
ودويور وماللايه ١٩ فقرة ١١٩٤ ص ٥٣٧ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٢ ص ١٦٢.

وقد يفرض على علم اشتراط أن تكون هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء بأن هذا يمكن
النظم من النزاع المال من يد خصمه بوضعه تحت الحراسة، ثم لا يرفع النظم دعوى النزاع
الموضوعية فينبى المال تحت الحراسة إل غير أجل معين. ويرد على هذا الاعتراض بأن في وضع
النظم الآخر أن يتظلم من بقاء الحراسة (كروموز ٢٢ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٤١
ص ٤٩)، كما يجوز أن يطلب من المحكمة تحديد ميعاد لرفع دعوى الموضوع وتوقيت الحراسة
بهذا الميعاد. وقد قضى بأن المحكمة قد ترى وحى تقضى بالحراسة أن تعين أجلاً لرفع دعوى موضوعية
لفصل في النزاع فتقضى عنه الحراسة (مصر استئنافى ٢٠ يولية سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية
٨٤ ص ١٨). وقضى بأن طلب الحراسة لا يجاب إلا إذا كان حق طالب الحراسة على الأعيان
المتنازع عليها لا يقل عن حق واضح له في طبيعته وقوة ثبوته (إسكندرية مستعجل ٢٢ يناير
سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٣ رقم ٤٤٩ ص ٩١٨). وقضى أيضاً بأنه إذا مضى على فرض الحراسة
ثمانية أشهر دون أن ترفع دعوى الموضوع، جاز الحكم برفع الحراسة (استئناف مخطط ٢٠ أبريل
سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٧٢). انظر عكس ذلك وأنه لا يكتفى قيام النزاع بل يجب أن تكون
هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء: سطفا استئنافى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤
ص ٨١)، وأن تحقيق الثبابة لا يبد نزاعاً قضائياً بل إن هذا النزاع لا يكون إلا بطرح القضية
أمام القضاء: السطفا ٢ يناير سنة ١٩٢٢ الجريدة القضائية ١٤٧ ص ١٧.

كذلك لا يكتفى أن تكون هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء ليكون النزاع جدياً، فقد ترفع
دعوى موضوعية لختمه دعوى الحراسة دون أن يكون هناك نزاع جدى (استئناف مخطط ٢٦ مايو
سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٣١ - مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٩
ص ٢٠١). فيجب إذن أن تكتم جدية النزاع من وقائع دعوى الحراسة ذاتها ومن ظاهرها المستندات
القدمة فيها من المحسوم (مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٩ ص ٢٠١ -
جد الحكيم فراج فقرة ١١٠ - محمد على عرقه ص ٥٢٧).

وعلم اتفاق المتنازعين على الحراسة (م ٧٣٠ مدني) ، يعبر كما نرى فرض الحراسة القضائية ، وننتقل بذلك من الحراسة الاتفاقية إلى الحراسة القضائية . وليس يلزم أن يكون النزاع الذي يقوم في شأن المال منصبا على ملكيته أو على حيازته - كما تشترط المادة ١٩٦١ مدني فرنسي فيما قدمنا^(١) - بل يصح أن يكون النزاع منصبا على إدارة المال أو على استغلاله^(٢) ، وقد سبق أن بينا كيف توسع التقنين المدني القديم (م ٦٠٠/٤٩١) في هذا الصدد ، وراة القضاء في التوسع^(٣) ، واقتنى أثرهما التقنين المدني الجديد (م ٧٢٩ - ٧٣٠) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « لما كان اتفاق المصوم نادر الوقوع ، ونظراً لما للحراسة من مزية حفظ المال للثة صاحب الحق فيه » قصت أكثر الشرائع على جواز فرض الحراسة بحكم من القضاء ، وقد توسع القضاء المصري في ذلك . ونص المشروع على جواز الحكم بالحراسة : ١ - في كل حالة تجوز فيها الحراسة الاتفاقية طبقاً لقاعدة السابقة ، أى حيث يكون هناك منقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم في شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت ، ولا يتفق الطرفان على وضعه تحت الحراسة ، فيجوز لأيهما أن يطلب الحكم بوضعه تحت الحراسة « (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٧٩) - وتقول : « ولا يشترط لاعتبار الشيء متنازعاً فيه قيام دعوى بشأنه ، بل إن مجرد الخلاف بين صاحبه مصلحة فيه يمكن - كالخلاف بين المالكين على الشيوع - ولو كان الخلاف في أمر فرعي ، كما إذا كان الخلاف على إدارة المال واستغلاله » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٧٧) .

(٣) فقصت محكمة الاستئناف المختطة بأنه ليس من الضروري أن يكون النزاع منصبا على الملكية أو الحيازة ، بل تصبح الحراسة إذا وجد للقاضي هذا الإجراء ضرورياً لمحافظة على حقوق المصوم (استئناف مختلط ٢٨ يونيو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٣٥) . وقصت أيضاً بأن لقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بوضع جريمة سياسية تحت الحراسة وإحلال حارس محل مديرها إذا اختلف هذا في الرأي مع مثل حزبه المضمدين ، وذلك لضمان ظهور الجريمة في مواعيدها المعتادة وفقاً لمبادئ الحزب ، ولا يؤثر في ذلك كون المدير المذكور هو صاحب - الجريمة ومدير إدارتها (استئناف مختلط ٢١ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٩٦) .

ويكنى أن يكون النزاع محتملاً (طعنا استئنافي ١٣ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٤٠٠ ص ٦٥١) . وقد يتعلق النزاع بغلة العين أو بإدارتها لا بملكيتها (إسكندرية مستجلب ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٣٧٤ ص ٧٥٥ - جرجا ١١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٨٥ ص ٣٩٨) . ويشمل النزاع الموجب الحراسة كل نزاع متعلق بالملك أو وضع اليد ومايتبع ذلك وما يفرع عنه أوما كان من مقتضياته ، لأن المادة ٤٩١ مدني لا تحتم وجود نزاع معين ، بل يكفي توافر النزاع على إطلاقه ، وأمره موكول لتقدير القاضي متى ما تبين أن هناك مصالح مهددة بالخطر أو سقوتاً يتصور تحصيلها (مصر استئنافي ١٥ فبراير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٧٢ ص ١٦٢) .

ويترك للقضاء تقدير ما إذا كان هناك نزاع قائم ، فبيت في ذلك طبقا لما يستخلصه من وقائع الدعوى^(١) . وتقديره لقيام النزاع وللقبلة الظاهرية لمستندات الخصوم ولقيام خطر عاجل يهدد المال أو ثمراته بالضيق أو النقص لوبيق في حيازة واضع اليد ، كل هذا فصل في مسائل موضوعية ، فلا معقب عليه في ذلك من محكمة النقض^(٢) . ومن ثم يجوز للقاضي وضع المال تحت الحراسة القضائية ، إذا هو قدر أن هناك نزاعاً جدياً في الملكية أو في الحيازة أو في إدارة المال الشائع أو في أنصبة الشركاء على الشيوع أو في إدارة التركة أو في حقوق الورثة أو في إدارة الشركة أو في غير ذلك مما سنبينه تفصيلاً عند إيراد التطبيقات العملية لهذا الفرض الذي نحن بصدده ، وإذا قدر القاضي في الوقت ذاته قيام خطر عاجل يهدد مصلحة طالب الحراسة .

وقد لا يكون هناك نزاع في شأن المال ولكن يكون الحق فيه غير ثابت ، وهذا كاف لتبرير وضع الحراسة القضائية على المال ، مادام قد ثبت أن هناك خطراً عاجلاً يهدد مصلحة طالب الحراسة . « ومثل الحق غير الثابت - كما تقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى^(٣) - أن يكون الحق مقرراً بشرط موقف أو فاسخ » . فإذا اشترى شخص داراً في بلد لا يسكنها ، وعلق الشراء على شرط واقف هو أن يسكن البلد الذي فيه الدار ، فالمشترى له حق ملكية في الدار معلق على شرط واقف ، والبائع له حق ملكية في نفس الدار معلق على شرط فاسخ . فإذا كانت الدار في يد البائع ، ولتوقعه أن الشرط الواقف سيتحقق أخذ يسمى استعمال الدار ويحرجها ، فيهدد بذلك حق المشتري المعلق على شرط واقف ، جاز للمشتري أن يطلب وضع الدار تحت الحراسة انتظاراً لتحقيق الشرط . والحق هنا غير متنازع فيه ، ولكنه حق غير ثابت لأنه معلق على شرط واقف . ولو فرض العكس وكانت الدار في يد المشتري استأجرها مثلاً قبل أن ينتقل إلى البلد نهائياً ، وتوقعاً منه

-
- (١) الأزيكية ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٣٩٠ ص ٧٨١ - مصر مستجل ٩ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٨ ص ٩٢ .
- (٢) استئناف مخطط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧٣ - ٥ مارس سنة ١٩٣٠ جازيت ٢١ رقم ٤٢٨ ص ٢٣٨ - ٢٣ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢١٠ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٢ - عبد الحكيم فرأج فقرة ١١٠ - محمد علي مرقعة ٥٢٧ .
- (٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٧ .

أن هذا الانتقال النهائي لن يتم فيتحالف الشرط أخذ يسمى استعمال الدار ، فإنه يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطلب وضع الدار تحت الحراسة انتظاراً لتحلف الشرط . والحق هنا غير متنازع فيه ، ولكنه حق غير ثابت لأنه معلق على شرط فاسخ . والحق يكون غير ثابت أيضاً إذا رسا مزاد المقار المزروع ملكيته على شخص وضع يده عليه ، ثم قرر شخص آخر زيادة العشر . فهنا يكون حق الراسى عليه المزاد غير ثابت ، إذ لا تعرف نتيجة التقرير بزيادة العشر وما يترتب عليه من إعادة البيع بالمزاد ، فقتدبرسو المزاد مرة ثانية على من رسا عليه أول مرة وقد لا يرسر ، فإذا خيف على المقار وهو في يد الراسى عليه المزاد ، وحقه غير ثابت كما رأينا ، جاز للدائنين وللمدين أن يطلبوا وضع المقار تحت الحراسة حتى يفصل في موضوع المزاد الثاني . وسواء اعتبر الشرط الفاسخ الذى تعلق عليه ملكية الراسى عليه المزاد الأول هو حجر التقرير بزيادة العشر أو رسو المزاد الثاني ، ففي الحالتين يعتبر حق الراسى عليه المزاد الأول غير ثابت ، وهذا وحده يكفي - ولولم يكن هناك نزاع - لتبرير فرض الحراسة القضائية إذا ثبت أن هناك خطراً عاجلاً يهدد مصالحه الدائنين أو مصلحة المدين^(١) . ويجوز أيضاً وضع العين التى بيعت بالمزاد سداً للدائنين تحت الحراسة القضائية ، إذا تخلف الراسى عليه المزاد عن دفع الثمن واتخذت الإجراءات لبيعها على ذمته ، وخشى من بقاء العين تحت يده لإهماله في إدارتها أو لإحداثه تخريبات فيها ، وبخاصة إذا كان معسراً يتعذر الرجوع عليه بالتعويض^(٢) . وحق الراسى عليه المزاد هنا حق قد فسخ بتخلفه عن دفع الثمن ، فهو ليس بحق غير ثابت ، بل هو حق قد زال . وبعد أن استعرضنا تطبيقات عملية للحق غير الثابت ، ننقل الآن إلى تطبيقات عملية أخرى للنزاع الذى يقوم في شأن المال . فستعرض حالات

(١) انظر في الخلاف القائم في هذه المسألة محمد عل راتب فقرة ٣٧٨ .

(٢) استئناف مخطط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٠٧ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩٨ - ٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨٧ - محمد عل راتب فقرة ٣٧٧ - أو إذا كان الراسى عليه المزاد قد تأخر في دفع ثمن الأرض واستمر حائزاً لها يقبض جميع ريعها ، تاركاً قواله الثمن تراكماً وتزيد في أعباء الأرض المزروع ملكيتها (استئناف مخطط ١٩ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٨٤ - ٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨٧ - ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٩ - مع الحكم فراج فقرة ١١٨ ص ١٠٤ - محمد عبد الحليم فقرة ٢٢٦٦ .

يكون النزاع فيها متعلقاً بالملكية أو بالحيازة ، وحالات يكون النزاع فيها متصلاً بعقد البيع أو بعقد الإيجار ، وحالات يتصل النزاع فيها بالمال الشائع أو بالتركات أو بالشركات والهيئات المعنوية الأخرى .

٤١٨ - النزاع متعلق بالملكية أو بالحيازة : إذا وقع نزاع في ملكية العقار وكان العقار في يد الحائز وقد استوفى الشروط اللازمة لحماية حيازته بدعوى منع التعرض وبدعوى استرداد الحيازة ، لم يجوز في الأصل أن يؤخذ العقار منه عن طريق وضعه تحت الحراسة . بل يبقى العقار في يده ، وعلى الخصم الآخر أن يرفع دعوى الملكية^(١) . ولكن مع ذلك إذا أثبت الخصم الآخر أن هناك خطراً عاجلاً من بقاء العقار تحت يد الحائز ، كما إذا أعمل الحائز في المحافظة على العقار وأخذ يبدد غلته توقعاً لأن يحكم لخصمه بالملكية ، جاز للخصم أن يطلب وضع العقار تحت الحراسة القضائية أمام القضاء المستعجل أو أمام محكمة الموضوع المرفوع إليها دعوى الملكية بدعوى تبعية مستعجلة ، وذلك إلى أن يفصل في دعوى الملكية^(٢) .

وقد ينصب النزاع لا على الملكية ، بل على الحيازة . فإذا رهن شخص عيناً رهن حيازة وامتنع عن تسليمها للدائن المرتهن ، فرفع هذا دعوى بطالب بالتسليم ، وخشى في أثناء نظر الدعوى من أن يجرب الراهن العين توقعاً للحكم عليه ، وأثبت أن هناك خطراً عاجلاً يهدد مصلحته على هذا النحو ، جاز له أن يطلب من محكمة الموضوع أو من القضاء المستعجل وضع العين تحت الحراسة حتى يفصل في الدعوى الموضوعية^(٣) . وكذلك يجوز للرأسى عليه المزاو أن يطلب نزع الأرض من المدين المزرع ملكيته ووضعها تحت الحراسة ، حتى يفصل قاضي الموضوع في دعوى التسليم التي رفعها الرأسى

(١) وقد قضى بأنه إذا كان من وضع يده على العقار سنة يستلحق الانتفاع بدعوى وضع اليد أولاً نزع العين منه ، فيما يقتض ذلك أن يؤذن بأخذ العين منه عن طريق الحراسة (مصر) مستجاب أول يونيو سنة ١٩٣٨ المادة ١٩ رقم ٦٣ ص ١٣٤ .

(٢) استئناف مخطط ١٩ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٢٢ ص ١٥ - بني سويف استئناف ٢٨ سبتمبر سنة ١٨٩٠ الحقوق ص ٣٨٠ - محمد عبد الحفيظ ققرة ٢٥٧ .

(٣) وقد قضى بأنه إذا وقع نزاع في جدية الرهن الحيازي ، جاز وضع العين تحت الحراسة (استئناف مخطط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١٨ ص ١٠٨) . وقضى بأنه يجوز تعيين حارس قضائي في دعوى وضع اليد ، ويجوز تعيين واهم اليد حارساً قضائياً إذا كان كافاً لذلك (مصر الوطنية) ٣ أكتوبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ١٠ ص ٢٧ - استئناف مخطط ٢ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٩ .

عليه المزارع على المدين ، وذلك إذا أثبت الراعى عليه المزارع أن في بقاء الأرض تحت يد المدين خطراً عاجلاً يهدد مصلحته^(١) .

٤١٩ - النزاع منحل بعقد البيع : ويرتبط بالنزاع على الملكية أو على الحيازة نزاع يتصل بعقد البيع ، فينصب النزاع بطريق غير مباشر على الملكية أو الحيازة عن طريق النزاع في عقد البيع . وفي هذه الحالة يجوز وضع العين المبيعة تحت الحراسة إذا تحقق قيام الخطر العاجل .

فإذا رفع البائع دعوى على المشتري ببطان البيع لحال في أحد أركانه ، أو بإبطاله لنقص في الأهلية أو لعيب في الرضاء أو بفسخه لتخلف المشتري عن دفع الثمن^(٢) أو لإخلاله بشروط البيع ، فإن النزاع هنا ينصب مباشرة على

(١) فقد لا يتمكن الراعى عليه المزارع من تسلم الأرض بسبب منازعات قضائية أثارها المدين المزارع ملكيته ، وهذا الأخير مستمر في وضع اليد واستغلال الأرض لمصلحته استغلالاً يضر بها ومصلحة الراعى عليه المزارع والدائنين (استئناف مخطط ٨ مارس سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ١٨٩ - عبد الحكم فراج فقرة ١١٨ ص ١٠٤) .

(٢) استئناف مخطط ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ١٤ - ولكن البائع الذي لم يستوف الثمن لا يصح أن يلجأ إلى دعوى الحراسة إذا أمكنه أن يصل إلى حقه بالطرق العادية ، كأن يستوفى مثلاً الأجرة من مستأجر العقار بالطرق القانونية (استئناف مخطط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ١٠ المحاماة ٢١٣ ص ٦٢٢) . بل إنه قد قضى في عهد التشريع المقتضى القديم بأن البائع ، إذا انتقلت الملكية منه إلى المشتري ، يصبح غير ذي صفة في رفع دعوى الحراسة ، لأن هذه الدعوى فرع تابع للملكية ، فالبايع الذي لا يملك رفع دعوى استيفاء الملكية لا يملك رفع دعوى الحراسة (استئناف مصر ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٥٥ ص ٢١٦ - وانظر في انتقاد هذا الحكم عبد الحكم فراج فقرة ١١٤) . قضى من جهة أخرى بوجوب تسجيل عقد البيع حتى يصح للبائع أن يطلب وضع العقار تحت الحراسة لتخلف المشتري عن دفع الثمن (استئناف مصر ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٩٤ ص ١١٦٨ : والحكم مقتضى إذا البيع غير المسجل كالبيع المسجل ينشئ البائع حقاً في المطالبة بالثمن - انظر محمد علي راتب فقرة ٣٧٦) . ولكن لا يجوز على كل حال للبائع الذي لم يستوف الثمن ، إذا لم يكن هناك خطر عاجل يهدد حقوقه ، أن يطلب تعيين حارس على العين المبيعة ، بدعوى أن إجراءات نزاع الملكية إجراءات طويلة وأن الحراسة طريق الوصول إلى حقه في وقت قريب ، ذلك لأن نزاع الملكية هو الطريق الوحيد الذي رسمه القانون لتنفيذ الدائن بحقه (مصر مستعجل ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٨ رقم ٣٤ ص ٨٨) ، ولم تشرع الحراسة كوسيلة لإجبار المدين على الوفاء بالتزاماته (محمد عبد العلي فقرة ٢٦٣) . ومع ذلك فقد قضى بأنه يجوز أن يشترط البائع وضع العقار المبيع تحت الحراسة إذا تأخر المشتري عن دفع الثمن ، وينفذ الشرط بمجرد النظر عن قيام خطر عاجل (استئناف مخطط ٤ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢١١) . ولكن يلاحظ أن الحراسة هنا حراسة اتفاقية لا حراسة

عقد البيع ، ولكنه يتصل بطريق غير مباشر بملكية العين المبيعة ، إذ لو بطل البيع أو أبطل أو فسخ لعادت ملكية المبيع إلى البائع . فإذا ادعى البائع أنه مخفى من بقاء العين تحت يد المشتري في أثناء نظر الدعوى الموضوعية ، وأثبت أن بقاءها تحت يد المشتري يهدد مصلحته بخاطر عاجل ، جاز له أن يطلب من محكمة الموضوع أو من القضاء المستعجل وضع العين المبيعة تحت الحراسة القضائية . وكذلك إذا أثبت البائع الذي لم يستوف الثمن أن المشتري يخرب العين المبيعة للانتقاص من حق امتياز^(١) ، أو أثبت أن المشتري لم يقيم بسداد الديون التي تضمها العين المبيعة وفقاً لشروط البيع أو لم يقيم بسداد الضرائب المستحقة على العين ، وأن عدم سداد الديون أو الضرائب يهدد العين بنزع الملكية فيضعف ضمانه ، جاز له أن يطلب وضع العين تحت الحراسة حتى يقوم الحارس بالحفاظ عليها أو بسداد ديونها أو بسداد المستحق من الضرائب ، وذلك إلى أن يستوفى البائع الثمن من المشتري^(٢) . ويجوز للبائع طلب وضع العين

تضامياً ، وأن اتفاق الخصوم يفنى في الحراسة الاتفاقية عن تحرى قيام الخطر العاجل . انظر آتفاً فقرة ٤٠١) .

(١) فقد تكون العين المبيعة أرضاً زراعية ويتركها المشتري بوراً أو يزرعها زراعات متوالية دون تسميد فيستنزف قوتها ، ما يؤثر في ضمان البائع (استئناف مخطوط ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٣ ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥١ - ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٤٦ ص ١١٨) . ومع ذلك فقد قضى بأن البائع ، الذي يدعى وجود خطر على حقوقه من إهمال المشتري زراعة الأرض المبيعة أو عدم العناية بها ، أمامه طريق غير الحراسة ، وهو أن يطلب فسخ البيع (استئناف مصر ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المأمارة ٢٠ رقم ٤٩٤ ص ١١٦٨ وهو الحكم السابق الإشارة إليه : ويؤخذ على هذا الحكم أيضاً أن دعوى الفسخ قد تطول وتعرض حقوق البائع في أثناء هذه المدة الطويلة للخطر ، فلا يستطيع انتفاء ذلك إلا بالحراسة - مع الحكم فراج فقرة ١١٦ ص ١٠١ - وقارن أيضاً استئناف ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ المأمارة ٧ رقم ١٥٥ ص ٢١٦ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) .

ولا محل للحراسة إذا صدر حكم ابتدائي برفض دعوى الفسخ لعدم ثبوت تقصير في جانب المشتري ، ولو كان هذا الحكم الابتدائي قد طعن فيه بالاستئناف (محمد علي راتب فقرة ٣٧٥ ص ٩٤٤) .

(٢) استئناف مخطوط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥١ - ٤ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٢ - ٢٨٩ - أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٢٦ م ٣٤٦ - ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ م ١٧٩ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٣٢ - ولكن لا محل للحراسة إذا لم يكن هناك خطر عاجل يهدد مصالح البائع ، فإذا كانت الأرض المبيعة مزروعة بالطريقة المألوفة أو مزججة ، وتدار بإدارة حسنة ، ويقوم المشتري بالتزاماته من سداد الديون في مواعيدها وسداد الضرائب ، وجب رفض دعوى الحراسة (استئناف مخطوط ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٥٩٤) .

تحت الحراسة إذا حكم للشفيع بالشفعة ، وكان هناك خلاف بينه وبين البائع على مقدار الثمن والمصرفات^(١) . كما يجوز للبائع ، الذي اشترط استيفاء الثمن عقب التسليم وتبره المشتري من التسلم ، أن يطلب تعيين حارس لتسليمه العين حتى يتمكن من استيفاء الثمن^(٢) .

وإذا رفع المشتري على البائع ، دعوى بصحة التعاقد وتسليم العين ، وخشى في أثناء نظر الدعوى أن يغرّب البائع العين توفعاً لأن يفسد الدعوى ، جاز للمشتري أن يطلب وضع العين تحت الحراسة حتى يفصل في الدعوى الموضوعية^(٣) . وهنا يمكن القول بأن النزاع ينصب مباشرة على عقد البيع ، ويتصل بطريق غير مباشر بحيازة العين المبيعة . ولكن إذا كان البائع قد تصرف في العين لمشتري آخر قبل أن يسجل المشتري الأول دعوى صحة التعاقد والتسليم ، لم يجز للحكم بوضع العين تحت الحراسة لأن الدعوى الموضوعية غير متجة في تسليم العين إلى المشتري الأول^(٤) .

(١) استئناف مخطوط ١٣ يولييه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٣٢ .

(٢) استئناف مخطوط ٢٠ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٢ - قد قضى بأنه إذا كان الشيء المبيع آثاراً حديقة وتأخر المشتري في دفع باقي الثمن بحجة عدم تسلمه أو بحجة عدم جنى شيء من الآثار لحصول عجز في مساحة المديقة مما هو وارد في عقد البيع ، جاز وضع الآثار تحت الحراسة إذا كان عدم التسليم أو عدم جنى الآثار متنازعاً عليهما الطرفين ، وكان في استمرار الآثار النافذة على الشجر دون جنى إضرار بحق كل من البائع والمشتري (مصر سبجل ١٩ يناير سنة ١٩٣٥ قضيت رقم ٣٢٢ سنة ١٩٣٥ وأشير إلى الحكم في محمد علي راتب فقرة ٣٧٥ ص ٩٤٤ حاش ٤) . وإذا باع شخص ماكنية لعدة شركاء ولم يفعلوا له الثمن كله ، ثم اختلف هؤلاء الشركاء حول إدارة المصنع الموجود به الماكنية ، فإن هذا يمكن لتوافر الخطر المبرر لفرض الحراسة على الشيء المبيع (استئناف مخطوط ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٢٦ ص ٨٩ - محمد عبد الطيف فقرة ٢٦٣ ص ٢٢٨ حاش ٢) .

(٣) محمد علي راتب فقرة ٣٧٦ - محمد عبد الطيف فقرة ٢٦٤ - وقد قضت محكمة النقض بأن البيع ينقذ صحيحاً بالمقدّر غير المسجل كما ينقذ بالمقدّر المسجل ، ولا فرق بينهما سوى أن نقل الملكية في المقدّر غير المسجل يترأخى إلى الوقت الذي يتم فيه التسجيل فعلاً ، ومن آثار هذا الانعقاد الصحيح أن من حق المشتري أن يطلب البائع بالتسليم على اعتبار أنه التزام شخصي وأثر من آثار البيع الذي لا يحول دونه حصول التسجيل ، ومن شأن هذه الآثار أيضاً أن يكون للمشتري إذا ما غش على بقاء الثمن تحت يد البائع طيلة النزاع أن يطلب إلى المحكمة وضعها تحت الحراسة ، مما ينص المادة ٤٩١ المذكورة (مدقّ قديم) إذ النزاع على كل حال منصب على التقار المطلوب وضعه تحت الحراسة (فقض مدق ١٧ يولييه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧١ ص ١٩٨) .

(٤) ولكن إذا نازع المشتري في صحة المقدّر المسجل بأن ادعى التواطؤ بين البائع والمشتري الثاني إضراراً بحقوقه ، وثبتت جديّة النزاع ، جاز وضع التقار المبيع تحت الحراسة (مصر سبجل ٤ مايو سنة ١٩٢٦ المعلقة ١٧ رقم ١٢٢ ص ٦٧٤ - محمد عبد الطيف فقرة ٢٦٥) .

٤٢٠ - النزاع منحل بعد الإيجار : ويتصل بالنزاع على الحيازة نزاع يتصل بعقد الإيجار ، فينصب النزاع بطريق غير مباشر على الحيازة عن طريق النزاع المباشر على عقد الإيجار ، فإذا طعن المؤجر في عقد الإيجار بالبطلان أو بالإبطال أو بالفسخ ، وخشى من بقاء العين المؤجرة تحت يد المستأجر لخطر عاجل يهدد مصالحه ، جاز وضع العين تحت الحراسة إلى أن يفصل في دعوى الموضوع .

وبجوز أيضاً للمؤجر أن يطلب وضع الأرض المؤجرة تحت الحراسة ، إذا أهمل المستأجر زراعتها أو تركها بوراً أو كانت الضرورة تقضي بتبنيها للزراعة فوراً ولم يقم المستأجر بذلك^(١) . ويجوز للمؤجر أيضاً أن يطلب تعيين حارس على العين ، إذا قام نزاع بينه وبين المستأجر في شأن تجديد عقد الإيجار تجديداً ضمنياً ، ليقوم الحارس بإيداع غلة العين خزانة المحكمة إلى أن يفصل في هذا النزاع^(٢) . وإذا قام نزاع بين المؤجر والمستأجر حول صحة التنازل عن الإيجار ، أو حول تفسير شروط الإيجار ومدى أحقية المؤجر لحجزه من المحصولات إلى جانب الأجرة ، جاز أن يطلب المؤجر وضع حارس على العين المؤجرة لتحصيل الأجرة إذا امتنع المستأجر عن سدادها

(١) استئناف مخطط ١٩ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٦٣ - إسكندرية مستجبل ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٤ رقم ٣٦٧ ص ٧٣١ - وقد قضى بأن إهمال المستأجر زراعة الأرض المؤجرة يدعو إلى رفع يده عنها ، متناً لما عساه أن يفشأ من استمرار وضع يده على العين من خطر عليها بإتلافها واستهداف حقوق المؤجر الضياع لتراكم الإيجار (مصر مستجبل ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ المحاماة ٣١ ص ١٥٧٩ - عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٣ - محمد علي رشدي فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٧ هامش ١ - محمد علي راتب فقرة ٣٧٩ ص ٩٤٧ - محمد عبد الطيف فقرة ٢٢٧ ص ٢٤٠ هامش ٣ - وقارن استئناف مصر ١٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٣٥٣ ض ١٨٤) . ويجوز لأحد المتأجرين الشريك في الزراعة مع المتأجرين الآخرين أن يطلب وضع الأرض تحت الحراسة حتى لو لم يكن فيها زرع ، لما تحتاجه الزراعة في المستقبل من متاع لا يتسع لها الخلاف الواقع بين الشركاء (استئناف مخطط ١٣ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٨٠) .

(٢) استئناف مخطط ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٥٥ - محمد علي راتب فقرة ٣٧٩ ص ٩٤٨ - أو يقرم نزاع في شأن صحة التنازل عن الأجرة ينتج على أثره المطالب من الدفع (استئناف مخطط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٧) .

انتظاراً للفصل في النزاع الخاص بصحة التنازل عن الإيجار^(١) ، أو وضع حارس على المحصولات لجمعها وبيعها وإبداع ثمنها خزانة المحكمة على ذمة الفصل في النزاع الخاص بأحقية المؤجر لجزء من المحصولات^(٢) . ويجوز أخيراً للمؤجر أن يطلب تعيين حارس قضائي على المحصولات الزراعية التي وقع عليها الحجز التحفظي من أجل الأجرة المتأخرة ، ليتولى الحارس جمعها وبيعها وإبداع ثمنها خزانة المحكمة على ذمة الفصل في دعوى الأجرة ، وذلك توقفاً لتلف المحصولات أو انخفاض أسعارها إذا تركت دون جمع وبيع^(٣) .

(١) استئناف مخطوط ٣١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٧ - عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٤ ص ١٠٨ - محمد علي راتب فقرة ٣٧٩ ص ٩٤٧ - محمد عبد الطيف فقرة ٢٦٧ - وقد قضى أيضاً بأن إذا أوقف دائن المؤجر حيزاً على الإيجارات المستحقة له قبل المتأجرين ، جاز للقاضي الأمور المستعجلة أن يمين حارساً قضائياً ليتولى قبض الإيجارات الحالة والمستقبلية ، ولو كان طلب تثبيت هذا الحجز قد تقدم بالفعل لمحكمة الموضوع (باريس ١١ أكتوبر سنة ١٩٢٣ الهامة ٥ رقم ٥٣٧ ص ٦٥٢ - وانظر استئناف مخطوط ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤١٢ : النزاع على من يستحق الأجرة هل هو المؤجر أو دائن الحاجز تحت يد المتأجر ويدعى المؤجر أن الحاجز باطل) .
(٢) استئناف مخطوط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٠ - محمد علي راتب فقرة ٣٧٩ ص ٩٤٧ - محمد عبد الطيف فقرة ٢٦٧ - ولكن لا يجوز فرض الحراسة على المحصولات إذا تملك المتأجر بأنه دفع الأجرة كاملة ولم يكن هناك خطر من تلف المحصول (استئناف مخطوط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٦٣) .

(٣) عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٤ - محمد علي راتب فقرة ٣٧٩ ص ٩٤٧ - محمد عبد الطيف فقرة ٢٦٧ - وقضى كذلك بوضع أحياناً زوامة تحت الحراسة كطلب المؤجر لعدم قيام المتأجر بدفع الإيجار وتبديد بعض المحصولات المحجوز عليها (مصر مستعجل ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ قضية رقم ٥٥٦ سنة ١٩٥١ مشار إليه في محمد علي رضى فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٧ هامش ١) . ويجوز للمؤجر طلب وضع البين المؤجرة تحت الحراسة ، إذا علم المتأجر إلى تبخير دائنين لتوقيع الحجز تحت يده وبدون وهمية ، فيقوم الحارس بتسليم الأجرة في مواعيدها متى يفصل في صحة المحجوز (عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٤ ص ١٠٨ - هامش ١ - محمد علي رضى فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٨ هامش ١) . ومع حفاظه قضى بأنه ليس للمؤجر في حالة تأخر المتأجر في سداد الأجرة أي حالة تركه البين المؤجرة بلا زراعة ، تعيين حارس قضائي ، لأن الحراسة لم تشرع كطريق لتنفيذ الأحكام والقعود (استئناف مصر ١٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ الهامة ١٤ رقم ٣٥٣ ص ٦٨٤) . وقضى أيضاً برفض تعيين حارس لتسليم الإيجار والقيام بإصلاح أرضية الطح لمنع تساقط المياه ، بحجة أن الحراسة ليست من وسائل التنفيذ (مصر مستعجل ٢٣ مايو سنة ١٩٥٠ قضية رقم ١٣٧٧ سنة ١٩٥٠ مشار إليه في عبد الحكيم فراج فقرة ٢٥٥ ص ١٠٩ - هامش ٤) . ولكن يجوز -

وكما يجوز للمؤجر طلب وضع العين المؤجرة تحت الحراسة ، كذلك يجوز للمستأجر أن يتقدم بهذا الطلب لوضع العين المؤجرة تحت الحراسة وتعيين حارس تكون مهمته تحصيل الأجرة وإدارة العقار المؤجر ودفع أجرة البواب واشتراك المياه والنور والتدفئة ، إذا ثبت أن المالك لا يقوم بذلك على الوجه الواجب لتأمين المستأجرين من الانتفاع بالعين الانتفاع المشروط في عقد الإيجار^(١) . وقد قضى ترتيباً على ذلك . يجوز تعيين حارس لقبض الأجرة وتخصيص جزء منها للقيام بالإصلاحات الضرورية للعين المؤجرة مما يلتزم به المؤجر ويمتنع عن القيام به^(٢) . وقضى كذلك بتعيين حارس على جهاز تسخين لإدارته وتحقيق انتفاع المستأجرين بالمياه الساخنة^(٣) ، وبتعيين حارس لإعادة المياه إلى العين المؤجرة^(٤) ، أو لإعادة عماد إنارة.

= تعيين حارس على المحصول المتخذ فيه إجراءات الحجز (استئناف مخطط ٢٠ يونيو ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤١٦) ، ويجوز تعيين حارس على المحصول بناء على طلب التنازل له عن الإيجار (استئناف مخطط ١٧ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٣) .

أما إذا لم يوجد خطر على حقوق المؤجر ، فلا محل للحراسة (استئناف مخطط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٢٨ ص ١٣) . وقد قضى بأنه لا محل للحراسة إذا بُني الطلب على ضرورة عقد الإيجار وكان المستأجر من اليسر بحالة لا يثنى معها على حقوق المؤجر (استئناف مخطط ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧) ، أو على مجرد تأخر المستأجر في سداد الأجرة إذا لم يكن هناك خطر على حقوق المؤجر (استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ الهامة ١٥ رقم ٤٨ ص ١٠٠ - المتصورة الجزئية ٢٥ سبتمبر سنة ١٩٥٤ الهامة ٣٥ رقم ١١٥ ص ٣٦٩) .

(١) نقض فرقي ١٢ مارس سنة ١٩٣٣ دالوز ١٩٣٤ - ١ - ٢٣ - أول يونيو سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ - ٣٧٩ - عبد الحكيم فراج بقرة ١٢٥ ص ١٠٨ .

(٢) نقض فرقي ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ - ١٧٧ - عبد الحكيم فراج بقرة ١٢٥ ص ١٠٨ - وقد قضى بتعيين حارس قضائي ، إذا امتنع المؤجر من كسج الخزانات الخاصة بعمورات المياه أو قطع المياه (مصر مستعجل ٢١ مارس سنة ١٩٥١ قضية رقم ١٩٠٧ سنة ١٩٥١ مشار إليه في محمد على رشدي بقرة ٢٥٨ ص ٣٥٩ حاشي ١) .

(٣) استئناف مخطط ٢ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٢ - مصر مستعجل ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ الهامة ٣٠ رقم ٣٨٣ ص ٧٩٦ - عبد الحكيم فراج بقرة ١٢٥ ص ١٠٩ - محمد على رشدي بقرة ٢٥٨ ص ٣٥٩ حاشي ١ - محمد على راتب بقرة ٣٨٠ - محمد عبد العلي بقرة ٣٦٨ .

(٤) محمد على رشدي بقرة ٢٥٨ ص ٣٥٩ حاشي ١ - محمد عبد العلي بقرة ٣٦٨ : ويشيران إلى مصر مستعجل ٨ أبريل سنة ١٩٥١ قضية رقم ١٠٥٥ سنة ١٩٥١ .

نقله المؤجر بغير إرادة المستأجر من مكان إلى مكان آخر ليحرم المستأجر الانتفاع به^(١) ، ويتعين حارس على مصعد لإدارته والإشراف على تسييره في الصعود والنزول وتمكين المستأجرين من الانتفاع به^(٢) .

٤٢١ - النزاع متعلق بالمال الشائع : أكثر ما يقع النزاع في شأن المال الشائع يكون في إدارته ، ولذلك عني التقنين المدني عناية خاصة بتنظيم هذه الإدارة . فنصت المادة ٨٢٧ مدني على أن تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين . ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك . ثم نصت المادة ٨٢٨ مدني على أن ١ - ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع . وتحجب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة . فإن لم تكن ثمة أغلبية فلله محكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع . ٢ - وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً ، كما أن لها أن تضع الإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاماً يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعاً سواء أكان الخلف عاماً أم كان خاصاً . ٣ - وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين ، عد وكيلاً عنهم .

-
- (١) محمد عل رشدي فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٩ هـ ١ - محمد عبد الطيف فقرة ٢٦٨ : ويشير أن " مصر مستعجل ١٣ سبتمبر سنة ١٩٤٨ قضية : رقم ٢١٩٤ سنة ١٩٤٨ .
- (٢) مصر مستعجل ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ المظامة ٢٢ رقم ٢٥٨ ص ٧٦٣ - إسكندرية مستعجل ٥ أكتوبر سنة ١٩٥٠ قضية رقم ١٩٥٢ سنة ١٩٥٠ - عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٥ ص ١٠٩ (وقد أشار إلى مصر مستعجل ١٦ أبريل سنة ١٩٥٠ قضية رقم ١١٠١ سنة ١٩٥٠) .
- محمد عل رشدي فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٩ هـ ١ - وانظر في فرنسا جواز إقامة حارس على العين المؤجرة لإجراء الترميمات الضرورية أو على جهاز التدفئة لإدارته لمصلحة المستأجرين : نقض فرنسي ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٣ جائزتي دي ياليه ١٩٢٤ - ١ - ٣٢ - باريس ١٦ و ٢٨ يونيو سنة ١٩٢٠ دالوز ١٩٢١ - ٢ - ٣٦ - أوبري وروسبان ٦ فقرة ٢٠٩ ص ١٩٣ .
- وقد قضى بإقامة الراسي عليه المزداد إذا كان مليئاً حارساً على العين بناء على طلب مستأجر لهذه العين لإدارته لاحقة لتسجيل تنبيه نزع الملكية ، وقد طعن فيها بالصورية (استئناف مخطط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٥٨) . وانظر أيضاً استئناف مخطط ٧ نوفمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٥ . وإذا صدر إيجار من حارس حكم ببطالة تميت فكان الإيجار باطلاً تبهماً لذلك ، لم يجوز للمستأجر أن يطلب الحراسة من جديد بسبب النزاع في هذا الإيجار (استئناف مخطط ٢٧ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٨) .

وبين من هذه النصوص أن الأصل في الإدارة أن تكون للشركاء مجتمعين إذا أمكن الإجماع ، فإن لم يمكن للأغلبية على أساس قيمة الأنصبة . وهذه الأغلبية إما أن تتولى الإدارة مباشرة ، وإما أن تختار مديراً أو أكثر من بينها أو من أجنبائها ، ولها أن تضع للمدير نظاماً يلتزم به في إدارته للمال الشائع . فإذا لم تتوافر الأغلبية للإدارة المباشرة أو لتعيين مدير ، وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين ، عد وكيلاً في الإدارة ، ويبقى وكيلاً ما لم يعترض عليه أحد الشركاء . فإذا لم تتوافر الأغلبية ، ولم يتول الإدارة أحد الشركاء أو تولاها واعترض عليه أحد منهم ، قامت الحاجة إلى تعيين مدير للمال الشائع ، ويجوز في هذه الحالة بناء على طلب أحد الشركاء أن يعين القاضي هذا المدير من بين الشركاء أو من غيرهم . وليست هذه هي الحراسة القضائية^(١) ، بل إن المدير يكون في هذه الحالة مديراً دائماً وليس مديراً مؤقتاً كالخارس ، ويكون تعيينه بدعوى عادية أمام محكمة الموضوع طبقاً لإجراءات الدعوى المعتادة^(٢) . . وإنما تقوم الحاجة للحراسة القضائية ، كإجراء مؤقت مستعجل لا يحس الموضوع ، إذا قام نزاع بين

(١) قارن عبد الحكيم فراج فقرة ١٧٩ ص ١٦٥ - وقد قضى بأنه إذا لم يتفق الشركاء على الشروع في إدارة الأمان المشتركة ولم يغيروا منهم واحداً لإدارتها نيابة اختيارية ، جاز للمحكمة أن تنيب عنهم من يقوم بإدارتها نيابة جبرية ، وليست الدعوى التي ترفع في هذه الحالة دعوى حراسة على عين متنازع عليها ، فليس من الضروري توافر أركان دعوى الحراسة فيها (مصر استئناف ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الحاماة ٨ رقم ١٥٨ ص ٢١٣ : وقد استبق هذا الحكم في عهد التقنين المدني القديم ما قضت به المادة ١/٨٢٨ مدني جديد من أن للمحكمة أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع) .

(٢) فلا يجوز إذن فرض الحراسة على المال الشائع بمجرد عدم اتفاق أحد الشركاء مع المدير على طريقة الإدارة أو الاستفلال مادام أنه ليست هناك مطاعن جدية في تصرفات المدير ، وسبيل الشركاء في هذه الحالة أن يسعى إلى جلب الأغلبية في صفه . وقد قضى بأن الحراسة على المال الشائع تخضع لما تخضع له دعوى الحراسة عموماً من شروط ، ومن بينها شرط النزاع وشرط الخطر ، فإذا لم يكن هناك مطعن جدي على الإدارة الحالية للمال الشائع ، فلا يجوز فرض الحراسة عليه بمجرد أن أحد الشركاء يرغب في ذلك ولا يريد للمدير الحال (إسكندرية مستعجل ٢ نوفمبر سنة ١٩٥٣ قضية رقم ٣١٠٤ سنة ١٩٥٣ - عبد الحكيم فراج فقرة ١٧٩ ص ١٦٤ - ص ١٦٥ - بمحكمة مرسى فقرة ٢٢٥ - محمد علي راتب فقرة ٣٦٤ (ولكن انظر الطبعة الثالثة فقرة ٧٦١) - وانظر استئناف مخطوط ٩ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٩٥ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٦١ - الدلائجات ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٩ الحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص ٢١٥ .

الشركاء على الإدارة^(١) ولم يتفقوا على تعيين مدير على الوجه الذى بيناه
فما تقدم ، وكان نخشى على المال الشائع من خطر عاجل إذا ترك دون
مدير ريثما يتمكن أحد الشركاء من استصدار حكم موضوعي بتعيين مدير
على الوجه الذى تقدم ذكره . ففى أثناء نظر الدعوى الموضوعية بتعيين مدير
دائم ، أو قبل رفعها ، يجوز لأى من الشركاء أن يلجأ إلى القضاء المستعجل ،
أو إلى محكمة الموضوع المنظور أمامها دعوى تعيين المدير الدائم بدعوى تبعية
مستعجلة ، ويطلب تعيين حارس قضائى لمدير المال الشائع مؤقتاً^(٢) ، وذلك
إلى أن يتم تعيين المدير الدائم من بين الشركاء أو من غيرهم . وقد يكون
الحارس القضائى هو نفسه الذى يعين مديراً دائماً ، إلى أن ينتهى الشروع بقسمة
المال الشائع إن كان هناك مشروع قسمة اتفاقية أو قضائية اعترز الشركاء
إجراؤها^(٣) . وقد تقوم الحاجة للحراسة القضائية حتى لو كان للمال الشائع
مدير دائم عينته الأغلبية ، وأساء الإدارة فرأت الأغلبية عزله ولم تنفق على
مدير آخر محل محله ، أو لم تنفق الأغلبية على عزله وأقام أحد الشركاء
الدعوى بعزله أمام القضاء لسوء إدارته أو لخياسته أو لإجحافه بحقوق الأقلية
أو لأى أمر آخر يستوجب عزله . ففى هذه الحالة قد يكون هناك خطر عاجل
من ترك المال الشائع دون مدير حتى يعين من محل محل المدير المعزول به

(١) كما لو انتهى عقد إيجار المال الشائع ولم يتفق الشركاء بعد ذلك على طريقة استئلاك
هذا المال ، فإنه يجوز فى هذه الحالة تعيين حارس قضائى (استئناف مخطط ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م
٤٥ ص ١١٨) ، أو كان هناك مصنع يملكه شركاء فى الشروع واخطفوا على إدارته (استئناف
مخطط ٣ مايو سنة ١٩٣٩ م - ٥١ ص ٢٩٤) ، أو كان هناك مال شائع متنازع فى ملكيته وكاذا
حسن إدارته يقتضى أن تكون الإدارة فى يد واحدة (استئناف مخطط ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٤ م
٥٦ ص ١٢٧) .

(٢) استئناف مخطط لا يورثه سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٢٠ .

(٣) ويجوز كذلك تعيين كل شريك حارساً على حصته إذا أمكن تقسيم المال الشائع قسمة
مهاياة (مصر مستعجل ٢٢ مايو سنة ١٩٣٥ الهامة ٦٦ رقم ٨٥ - ١٩٤ - ١٩ أكتوبر
سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ٨٨ ص ٢١٥ - محمد على راتب فقرة ٣٦٣ ص ٩٢٠ - ص ٩٢١) .
ولكن لا يجوز تعيين كل شريك حارساً على حصة شائعة ، لأن النزاع يبق قائماً بقيام الشروع
(استئناف مخطط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٠ - محمد على راتب فقرة ٣٦٣ ص ٩٢٠) .
وقد قضى بأن المحكمة من الحراسة تسقط إذا تراخى المالكان على قسمة منفعة العقار فيما بينهما
قسمة مهاياة (مخطط استئناف ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ الهامة ١١ رقم ٤٤ ص ٨١) .

أو من ترك المال الشائع بديره مدير رفعت الدعوى بعزله لسبب يستوجب ذلك . ومن ثم يجوز لأي شريك أن يطلب من القضاء المستعجل ، أو من محكمة الموضوع المرفوع أمامها دعوى عزل المدير ، تعيين حارس قضائي لإدارة المال الشائع إلى أن يبت في أمر عزل المدير وتعيين من يحل محله^(١) . وقد يقع النزاع في شأن المال الشائع ، لا على إدارته^(٢) ، بل على أنصبة

(١) وقد قصت محكمة النقض بأن مجال تطبيق أحكام إدارة المال الشائع الواردة بالمادة ٨٢٨ وما بعدها من القانون المدني ، يختلف من مجال تطبيق أحكام الحراسة على منقول أو عقار قام بشأنه نزاع وكانت قد تجتمعت لدى صاحب المصلحة فيه من الأسباب المعقولة ما يضيء معه خطر حاجل من بقاء المال تحت يد حائزته . فإن الحكم في شأن هذا النزاع يدخل فيما نصت عليه المواد ٧٢٩ وما بعدها من القانون المدني بشأن الحراسة ، ويكون تعيين الحارس - سواء كانت الحراسة اتفاقية أو قضائية - باتفاق ذوي الشأن جميعاً ، فإذا لم يتفقوا تولى القاضي تعيينه ، وذلك وفقاً للمادة ٧٣٢ من ذلك القانون . وإذا فرض الحراسة على مال شائع وطبقت المحكمة أحكام الحراسة في شأن هذا النزاع ، فإن النص على الحكم بالخطأ في القانون لعدم تطبيق المادة ٨٢٨ من القانون المدني يكون في غير محله (نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص ١٩١٢) . وانظر استئناف مخطط ٧ يونيو سنة ١٩٥٦ م ١٨٠ ص ٣٢٠ - ٢ يونيو سنة ١٩٣١ جازيت ٢١ رقم ٤١٩ ص ٣٧٥ - ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١٨ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٢٧ - مصر مستعجل ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص ٢١٥ - ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢٦٢ ص ٥١١ - نبي سوييف الجزقية ٧ يناير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ ص ٦٢٧ - عبد الحكيم فراج فقرة ١٨٠ ص ١٦٦ - محمد علي راتب فقرة ٣٦٣ .

وانظر في الحراسة لنزاع على إدارة المال الشائع : محمد علي رشدي فقرة ٢٢٦ - استئناف مخطط ٢٥ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١١ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ١٤ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٧٩ - ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١٨ - ١٩ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٤٣ - ٣ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١٨ - ٣ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٩٤ - طنطا الجزقية ٢٤ أبريل سنة ١٩١٥ الفرائع ٨ رقم ١٦ ص ٨٩ - مصر ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص ٢١٦ - الدلتا ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٥٣ ص ١٢٩ .

(٢) والمقصود هنا الإدارة العادية . وهناك إدارة تخرج عن حدود الإدارة المعتادة نصت عليها المادة ٨٢٩ مدني بما يأتي : ١٥ - للشركة الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الائتفاع بهذا المال ، من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أمد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء ، ولأن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان . ٢ - والمحكمة عند الرجوع إليها ، إذا وافقت على قرار الأغلبية ، أن تقر مع هذا ما تراه مناسباً مع المتأثير . =

الشركاء فيه . فيتنازع أحد الشركاء مثلاً شركاءه ويدعى أن المال الشائع ملكه وحده ، أو يتنازع الشركاء واحداً منهم ويدعون أنه ليس له نصيب في المال الشائع ، أو يدعى أحد الشركاء أن له نصيباً أكبر ، أو يدعى الشركاء أن واحداً منهم له نصيب أصغر . ففي هذه الأحوال وأمثالها إذا استحكم الخلاف بين الشركاء على أنصبتهم في المال الشائع ، قد يقوم خطر عاجل إذ يتعذر توزيع الربح بينهم طبقاً لأنصبة ثابتة . فيجوز لكل ذي مصلحة ، وبخاصة الشريك الذي يقع النزاع في مقدار نصيبه ، أن يطلب تعيين حارس قضائي على المال الشائع يتولى قبض الربح ، وصرف الأنصبة التي لا نزاع فيها بين الشركاء ، وإبداء الأنصبة المتنازع فيها خزنة المحكمة إلى أن يبت في النزاع القائم في شأن الأنصبة ويصدر حكم نهائي في مقدار نصيب كل شريك^(١) .

وقد يقع النزاع ، لآ في إدارة المال الشائع ولا في أنصبة الشركاء ، بل في ديون يكون المال الشائع مثقالاً بها ، كأن يكون مرهوناً في دين أو متركباً عليه حق اختصاص أو حق امتياز . فإذا تأخر بعض الشركاء في الوفاء بحصصهم في هذه الديون ونازعوا فيها ، وخشي البعض الآخر من جراء هذه المنازعة أن تنزع ملكية المال الشائع ، جاز لأى منهم طلب وضع المال تحت الحراسة ، فيقبض الحارس ريع المال ويسدد منه الديون غير المتنازع فيها ، ويودع خزنة المحكمة قيمة الديون المتنازع فيها حتى يفصل في النزاع^(٢) . ويجوز

سرياً بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات . وهذه الأحكام قد تفتح الباب للحراسة القضائية ، كأن يطلب أحد الشركاء وضع المال الشائع تحت الحراسة لأن قراراً يخرج من حدود الإدارة المعتادة يوشك أن ينفذ مع أنه قد اتخذ بأغلبية أقل ٢/ يوجب القانون ، أو اتخذ بهذه الأغلبية ولكن قام اعتراض عليه .

(١) محمد علي راتب فقرة ٣٦٣ ص ٩١٥ - ص ٩١٦ - استئناف مخطط ١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ١٢ - ٦ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٦٤ .

(٢) استئناف مخطط ٤ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٢ ص ٢٨٩ - أول مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٠٦ - ٥ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٧٠ - ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٨٨ - ١٥ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧٩ - مستعجل ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ ص ١٠١ - محمد عبد الحفيظ فقرة ٢٦٠ .

وتوضع الحراسة على المال الشائع حتى لو دفع بعض الشركاء حصصهم في الدين ، فإن الباقي الذي لم يدفع لا يزال سبباً في تهديد المقار كله بنزع الملكية إذ الرهن لا يتجزأ . ولكن إذا وقي بعض الشركاء كل الدين ، فقد زال الخطر من نزع الملكية ، ولا محل إذن لطلب الحراسة (مصر مستعجل ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ ص ١٠١ - محمد علي راتب فقرة ٣٦٣ ص ٩١٨) .

أيضاً للدائنين أنفسهم أن يطلبوا وضع المال الشائع تحت الحراسة لإيداع ريعه خزنة المحكمة على ذمة الفصل في النزاع ، إذا كانت هناك أسباب جدية تدعو للخشية من تبديد الربح إذا لم يوضع المال تحت الحراسة^(١) .

وإذا كان أحد الشركاء مديناً وأراد دائه أن يستوفي حقه من حصة المدين في ريع المال الشائع ، دون أن يكون هذا المال مثقلاً بالدين كما في الفرض السابق ، جاز للدائن وضع حصة المدين في المال الشائع تحت الحراسة إذا وجدت أسباب جدية تدعو للخشية من تبديد ريع هذه الحصة . فإذا كان المال الشائع مقسوماً قسمة مهابأة وضعت حصة المدين المفروزة تحت الحراسة^(٢) ، أما إذا لم يكن مقسوماً فإن حصته الشائعة هي التي توضع تحت الحراسة^(٣) ويحل الحارس في هذه الحالة محل الشريك المدين في إدارة المال الشائع وفي قبض ريع حصته ليسدد منها الدين^(٤) .

وإذا طلب أحد الشركاء قسمة المال الشائع ، وطالت إجراءات القسمة وتنازع الشركاء في إدارة المال طوال المدة التي تدوم فيها هذه الإجراءات ، وكانت هناك أسباب جدية للخشية من ضياع الربح في هذه المدة أو من نقصه لسوء الإدارة ، جاز لأي شريك أن يطلب وضع المال تحت الحراسة . فيدير الحارس المال الشائع ويقبض ريعه ويوزعه على الشركاء إذا لم تكن أنصبتهم متنازعة فيها^(٥) ، أو يودعه خزنة المحكمة على ذمة الفصل في النزاع^(٦) .

(١) وسرى أن القضاء يميز بوجه عام فرض الحراسة استيفاء للدين إذا تحقق شرط الخطر العاجل (محمد علي راتب فقرة ٣٦٣ ص ٩١٨) .

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ١٨١ ص ١٦٧ - محمد علي رشدي فقرة ٢٢٩ - استئناف مخطوط ٤ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٣ .

(٣) ولا يلزم إدخال بقية الشركاء في دعوى الحراسة ، بل يكفي اختصاص الشريك المدين (محمد علي راتب فقرة ٣٦٥ ص ٩٢٤ هامش ٤) .

(٤) قارن استئناف مخطوط ٢١ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٦٥ - فإذا تعذر الاتفاق بين الحارس والشركاء على الإدارة ، جاز فرض الحراسة على المال الشائع كله (استئناف مخطوط ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥١ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٠ - ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٤١ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٢ - ٨ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١٩ - ٢٠ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٣٤١ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢٣ - عبد الحكيم فراج فقرة ١٨٢ ص ١٦٨ - محمد علي رشدي فقرة ٢٢٨ - محمد علي راتب فقرة ٣٦٣ ص ٩١٩ وفقرة ٣٦٥) .

(٥) استئناف مخطوط ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢١٥ .

(٦) استئناف مخطوط ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٩ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ -

وإذا تقرر وضع المال الشائع تحت الحراسة ، واختارت الأغلبية حارساً لم ترض عنه الأقلية ، فإنه لا يحتاج بحكم المادة ٨٢٨ مدني لإلزام القاضي بتعيين هذا الحارس ، فإن هذه المادة لا عمل لتطبيقها في دعوى الحراسة كما سبق القول ، بل يجوز للقاضي أن يختار حارساً آخر إذا استبان جدية المطاعن الموجهة إلى الحارس الذي اختارته الأغلبية^(١) . كذلك إذا عين القاضي حارساً ، لم يجوز عزله إلا للأسباب التي يعزل الحارس من أجلها ، فإذا لم يتوافر سبب للعزل لم يعزل ولو اتفقت أغلبية الشركاء على عزله .

ص ١٤ - ١٦ مايو سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ٢١ - ١٣ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٨٧ - ٢ يناير سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٤٢٧ - ٢٥ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١١ - ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١٨ . ٩ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٩٥ - أسبوط استثنائي ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٣٠ ص ٤٧ - سططا استثنائي ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة ١١ رقم ٤٤ ص ٨١ - محمد علي راتب فقرة ٣٦٣ ص ٩١٩ - ص ٩٢٠ - محمد كامل مرسي فقرة ٣٥٧ ص ٤٦٩ - ولا عمل للحراسة إذا كان كل من الشركاء ، في أثناء إجراءات القسمة ، وانضماً يد له نصيبه بطريق المهادنة ، أركان هناك اتفاق على إدارة المال الشائع ، فالقسمة في ذاتها ليست سبباً للحراسة ، وإنما السبب هو النزاع بين الشركاء وتقيام الخطر العاجل (استئناف مخطط ١١ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ١٤ ص ٤٠ - ٢٧ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٣٦ - ٥ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٠ - سططا استثنائي ٢٨ مايو سنة ١٩٢٠ المجموعة ١١ رقم ٤٤ ص ٨١ - عبد الحكيم فراج فقرة ١٨٠ ص ١٦٧ - محمد عبد الحفيظ فقرة ٢٥٩) .

(١) محمد علي راتب فقرة ٣٢٩ ص ٨٥٥ : ويشير إلى حكم من قاضي الأمور المستعجلة بمحكمة الإسكندرية يقضي بأن عمل تغليب رأى أصحاب النصيب الأكبر في القرار الشائع - الشاغر من مدير يتولا - عمل رأى أصحاب النصيب الأقل ، عند النزاع أمام المحكمة على شخص الحارس المراد تعيينه على القرار ، هو أن يكون الشخص الذي يرشحه أصحاب النصيب الأكبر خالياً من التعرّيج الجدي . عندئذ يحق لهم التمسك بنص المادة ٨٢٨ مدني وتغليب شخص مرشحهم للحراسة على شخص مرشح الأقلية . أما إذا ثبت العكس ، كأن كان مرشحهم محكوماً عليه منذ سنوات بتهمة نصب مثلا - كما هو الحال في خصوص هذه الدعوى - فللقاضي بطبيعة الحال ألا يعمل رأى الأغلبية في هذا المقام . ذلك أن القاضي يملك شل يد المدير المعين فعلا (من أصحاب النصيب الأكبر) لإدارة المال الشائع وتعيين حارس قضائي آخر بدلا منه إذا ثبت أمامه سوء إدارته للمال الشائع ، فيكون لهذا القاضي من باب أول وتوقياً لقراره قبل وقوعه أن يمتنع عن تعيين حارس قضائي رشحه الأغلبية إذا استبان من ظروف الحال ومن صحائف ماضيه ما يرجع معه عدم الاطمئنان إلى حسن إدارته (استئنافية مستعجل ٢ فبراير سنة ١٩٥٤ قضية رقم ٣٠٣٠ سنة ١٩٥٤ مدني مستعجل : ويلاحظ أن المحكمة لم تستبعد تطبيق المادة ٨٢٨ مدني في دعوى الحراسة ، وإنما بسبب إلى تفسيرها تفسيراً أدى بها إلى نفس الحكم الذي كانت تصل إليه لو أنها استبعدت تطبيق هذه المادة) . انظر في هذه المسألة محمد علي رشدي فقرة ٢٢٨ مكرره .

أما إذا توافر سبب الغزل ، فإنه يغزل حتى لو لم يرد الغزل إلا الأقلية أو لم يرده أحد من الشركاء^(١) .

٤٢٢ - النزاع متعلق بالتركة : نصت المادة ٨٧٥ مدني على أن ١ - تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية . ٢ - وتقع في نصبة التركة الأحكام الآتية : ٣ - ثم ترد أحكام مفصلة في المواد من ٨٧٦ إلى ٩١٤ مدني لتصفية التركة وتسديد ديونها . فإذا أن يعين مصف للتركة ، ويكون ذلك إما بأن يعين المورث وصيا لتركته وإما بناء على طلب أحد ذوي الشأن من الورثة أو الدائنين . وفي هذه الحالة يقوم المصنف ، لا بأعمال الحارس القضائي فحسب ، بل أيضاً بجميع أعمال التصفية . فيتسلم أموال التركة ، ويتخذ جميع ما يجب من الاحتياطات للمحافظة عليها ، ويقوم بما يلزم من أعمال الإدارة ، ويستوى ما للتركة من ديون في ذمة الغير ، ويحصر ما على التركة من ديون ، ويبي بالديون التي لم يتم في شأنها نزاع ، أما الديون التي يقوم في شأنها نزاع فيسويها بعد الفصل في النزاع نهائياً . ثم يسلم إلى الورثة ما آل إليهم من أموال التركة بعد استيفاء الحقوق ووفاء الديون ، وبذلك يحقق تحقيقاً عملياً المبدأ الأساسي الذي يقضي بالآل تركة إلا بعد سداد الدين . وإما ألا يعين مصف للتركة ، وقد نصت المادة ٩١٤ مدني في هذه الحالة على أنه «إذا لم تكن التركة قد صفت وفقاً لأحكام النصوص السابقة ، جاز للدائني التركة العاديين أن ينفلوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها ، أو إلى رتبتي عليها حقوق عينية لصالح الغير ، إذا أشروا بديونهم وفقاً لأحكام القانون » .

فيجب إذن أن نستعرض ، في صدد الحراسة القضائية على التركة ، حالتين : حالة ما إذا لم يعين مصف للتركة ، وحالة ما إذا عين مصف لها . (الحالة الأولى) إذا لم يعين مصف التركة : هنا قد تقوم الحاجة للحراسة القضائية إذا وقع نزاع بين الورثة إما في أنصبتهم ، وإما في إدارة التركة

(١) محمد علي راتب ، فقرة ٣٦٧ - وانظر في إمكان فرض الحراسة القضائية على الأجزاء المشتركة شيوخاً في ملكية الطليقات : عبد الحكيم فرج ، فقرة ١٧٩ - فقرة ١٨١ ص ١٦٨ - ص ١٧٠ .

إلى أن يتسلم كل وارث حصته منها ، وإما في وفاة ما على التركة من ديون ، وإما في وفاة دين على الوارث .

ويقع النزاع في أنصبة الورثة إذا ادعى واحد منهم مثلاً أن له نصيباً أكبر في الميراث عما تقر به سائر الورثة^(١) ، أو أنكر الورثة على واحد منهم أنه وارث ، أو وضع بعض الورثة يدهم على التركة ومنعوا الآخرين بذلك من الوصول إلى حقوقهم في التركة^(٢) ، أو وضع أجنبي يده على التركة أو على بعض أموالها منكرًا لحقوق الورثة^(٣) ، أو تقدم موصى له بوصية فأنكرها الورثة أو ادعوا أنها مزورة أو طعنوا فيها بالبطلان واستمروا واضعين اليد على التركة دون أن يتمكنوا الموصى له من حقها^(٤) . في هذه الفروض وأمثالها^(٥) ، إذا كان النزاع جدياً وكان هناك خطر عاجل من ترك الحائز

- (١) وقد قضى بفرض الحراسة إذا وقع نزاع جدي في شأن أنصبة الورثة وترتب على ذلك تأخير في إجراءات التقسمة (استئناف مخطط ١٦ يوليه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٧) .
- (٢) وقد قضى بفرض الحراسة إذا وضع شخص يده على أعيان التركة باعتباره الوارث الوحيد ونصرف في كثير من أعيانها على هذا الاعتبار ، بالرغم من وقوع نزاع جدي في شأن وراثته لم يفصل فيه من الجهة القضائية المختصة (استئناف مخطط ٦ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٦٨) وكذلك إذا ادعى بعض الورثة أحقيتهم وحسم التركة دون الآخرين (استئناف مخطط ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٨ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٣) ، أو نازح أحد الورثة الباقيين في ملكية التركة لبعض الأعيان ، أو حصل على إعفاء أعيان التركة وظهر بمظهر المالك لها دون المورث (استئناف مخطط ٢٢ يوليه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٨ - مصر الكلية ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٨ رقم ٢٦٢ ص ٥١١) ، أو اختلف بعض الورثة مع بعض آخر ولم يرغب أحد في تسليم أموال التركة (استئناف مخطط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٩٠ م ٣ ص ٨٧) .
- (٣) وقاضى الموضوع هو الذي يحسم النزاع فيما يدخل من الأعيان في التركة وفيما يخرج منها عما يتعلق به حق الغير (استئناف مخطط ٢٢ يوليه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٨) .
- (٤) وقد قضى بفرض الحراسة إذا وقع نزاع جدي في صفة الوصية (استئناف مخطط ١١ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٦ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٣١) ، أو طعن بالزور في إضفاء الموصى (محمد علي راتب فقرة ٣٦٩ ص ٩٣٠ ملحق ١) ، ولكن إذا كانت الوصية في ظاهرها صحيحة وليس هناك طعن جدي عليها لم يجوز فرض الحراسة (استئناف مخطط ١٥ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٧٠) .
- (٥) وقد قضى بفرض الحراسة إذا ادعى شخص أنه وارث ووقع دعواه بذلك أمام الجهة المختصة وانتجح أنه جاد في طلبه (استئناف مخطط ١٦ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٠) ، أو وقع نزاع على التنازل الواجب تطبيقه على التركة (استئناف مخطط ١٠ أبريل سنة ١٩١٨ م ٢٠ ص ٢٤٤) . وقضى بأن وضع الحكومة يدها على التركة ، طبقاً لأحكام لائحة بيت المال سنة

للتركة واضعاً يده عليها ، جاز للذى المصلحة من وارث أو موسى له أن يطلب وضع التركة تحت الحراسة وتعيين حارس يدير التركة موثقاً ، ويصرف الربح غير المتنازع فيه لأصحابه ، وأما ما يقع فيه النزاع فيودعه خزانة المحكمة حتى يفصل في النزاع أمام محكمة الموضوع^(١) .

ويقع النزاع في إدارة التركة إذا اختلف الورثة في كيفية إدارتها واستفلأها ، أو اختلفوا فيمن يقوم بالإدارة والاستغلال^(٢) ، أو اتفقوا على شخص يقوم بذلك فأساء الإدارة^(٣) أو أهمل المحافظة على أعيان التركة أو

= لا يمنع من إقامة حارس عليها إذا ادعى شخص استعقله للتركة ونازع الحكومة في وضع يدها (مصر ١٥ أغسطس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٦٢ ص ٢١٨ - عبد الحكيم فراج بقرة ١٨٥ - عبد الحليف بقرة ٢٧٥) . وقضى بوضع الحراسة على التركة إذا استولى بعض الورثة على أغلب التركة والبعض الآخر على الباقي منها (استئناف مخطط ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ ص ٦٨ - ٣١ مايو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣٦٧ - ٢٩ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٤ - محمد حل رشى بقرة ٢١٨ ص ٣٠٧) . وتقرض الحراسة على التركة إذا اختلف على أنصبة الورثة (استئناف مخطط ٢٦ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٣) ، أو وقع خلاف بين الموصى له بينه من مجموع التركة والورثة وطلب الموصى له وضع التركة كلها تحت إدارة واحدة (استئناف مخطط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٣١) . ولكن إذا كان أحد الورثة يدير التركة دون أن توجه إلى إدارته نظاماً جديدة ، فلا محل لتقرض الحراسة (استئناف مخطط ٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٣١) .

(١) استئناف مخطط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ ص ٥٥ - ولا يجوز وجود وصى أو قيم على أحد الورثة من تعيين حارس قضائي ، وقد قضى بأن وجود وكالة من أحد الخصوم في الدعوى لا يمنع من تعيين حارس قضائي ، لتوفر الاستعجال والخطر ، حتى لو كانت إدارة الوكيل طيبة لعدم أحقيته في تمثيل باقي الخصوم الذين لهم حق الإدارة وتخصيل الفلقة وعمل ما فيه صيانة حقوقهم في التركة (مصر مستعجل ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٨ رقم ٢٦٢ ص ٥١١ - محمد عبد الحليف بقرة ٢٧٩) .

(٢) استئناف مخطط ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٩٠ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ١٤ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٧٩ - ١٩ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٤٣ - ١٦ يونيو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٧ - ٣ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٧٠ - عبد الحكيم فراج بقرة ١٨٦ - محمد حل رشى بقرة ٢١٨ ص ٣٠٧ - محمد عبد الحليف بقرة ٢٧٦ . وقد قضى بالحراسة في حالة ما إذا كان الوارث الذي يدير التركة موهماً ، وقد صدرت هذه أحكام بالتزوير ، أو لتقرض عن طيش وعدم تجربة المأخوذ (استئناف مخطط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٤٦) .

(٣) كان امتنع من تأخير أعيان التركة في التزاد حين يكون ذلك واجباً حتى لا يظلم أحد من الشركاء (بين سوف الجزئية ٧ يناير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ ص ٦٢٧) .

أخذ في تبديدها ، أو استغل أحد الورثة دون رضا الباقيين بإدارة التركة واستمر في إدارتها بالرغم من اعتراضهم ، أو وضع وارث يده على بعض أعيان التركة وأخذ يحدث فيها تغييرات جوهرية لا يرضى عنها الباقون ، أو امتنع من يدير التركة عن إعطاء كل وارث حقه أو كل حقه من ريعها^(١) . في هذه الفروض وأمثالها^(٢) ، إذا كان النزاع جدياً وقام الخطر العاجل ، جاز لكل ذى مصلحة من الورثة أن يطلب وضع التركة أو الأعيان التي وقع في شأنها النزاع تحت الحراسة ، وتعيين حارس يتولى إدارتها مؤقتاً حتى تفصل محكمة الموضوع في النزاع^(٣) .

ويقع النزاع في وفاة ما على التركة من ديون إذا اختلفت الورثة في كيفية أداء الديون ، أو امتنعوا عن دفع الضريبة المستحقة وأخذوا في تبديد أموال التركة ، أو نازعوا دائي التركة فيما لهم من الديون على التركة وامتنعوا عن وفائها^(٤) . في هذه الفروض وأمثالها^(٥) ، يجوز لكل ذى مصلحة من وارث أو دائن أن يطلب وضع التركة تحت الحراسة وتعيين حارس يتولى

(١) مصر مسجل ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ٨٨ ص ٢١٥ .

(٢) وقد قضى بفرض الحراسة القضائية إذا كان من ضمن أموال الشركة أطيان أمهات ومن في حاجة إلى عمل سريع (استئناف غنطط ١٩ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٦٢ - عهد الحكيم فراج ققرة ١٨٦) .

(٣) محمد حل راتب ققرة ٣٦٩ ققرة ٩٣١ - ص ٩٣٢ - استئناف غنطط ٢٣ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٩١ .

(٤) استئناف غنطط ٢٤ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨٥ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٨٢٥ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ ص ٤٦ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٨ - ٣٠ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٧٠ - ٣١ مايو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣٦٧ - محمد حل رشدي ققرة ٢١٨ ص ٣٠٨ وققرة ٢١٨ مكررة ثانياً .

(٥) وقد قضى بوضع الحراسة إذا قام خلاف شديد بين أصحاب الشأن واستلزم الأمر . انظر لأهية أموال التركة وضعها تحت إدارة موسعة (استئناف غنطط ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٧٠) ، وبأن قاعدة فصل ذمة الوارث عن ذمة المورث تبرؤ وضع أموال التركة تحت الحراسة وفاء للدين (الحكم السابق) . ولكن لا يجوز وضع التركة تحت الحراسة وفاء للدين إذا كانت أموال التركة يديرها وارث لم ينسب إليه أي إهمال ، ولم يحاول الدائن الحصول على دينه بالطرق العادية للتنفيذ (استئناف غنطط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٨١ - ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥١) . وانظر عهد الحكيم فراج ققرة ١٨٧ - محمد حل رشدي ققرة ٢١٨ مكررة ثانياً - محمد عبد الحليق ققرة ٢٨٥ .

إدارة التركة واستغلالها وإبداع ريعها أو المقدار الذى بقى بالديون من هذا الريع خزانة المحكمة ، إلى أن تفصل محكمة الموضوع فى النزاع^(١) .

ويقع النزاع فى وفاة دين على الوارث إذا أراد الدائن أن ينفذ على حصة هذا الوارث فى التركة فنازعه هذا فى الدين وامتنع عن وفائه ، فإنه يجوز للدائن فى هذا القرض ، إذا كان هناك خطر عاجل ، أن يطلب وضع حصة الوارث المدين تحت الحراسة على الوجه الذى قدمناه فى وضع الدائن حصة مدينه فى المال الشائع تحت الحراسة^(٢) .

وقد طبق تقنين المرافعات فى نصين تشريعيين مبدأ وضع الحراسة القضائية على التركة فيما يتعلق بركات الأجانب^(٣) . فنصت المادة ٩٤١ مرافعات على ما يأتى : « إلى أن يصدر القرار بتثبيت منفذ الوصية ، يجوز له أن يطلب من المحكمة أن تأمر على وجه الاستعجال بتسليمه أموال التركة باعتباره مديراً مؤقتاً . ويجوز له أن يطلب تسليمه هذه الأموال بالصفة المذكورة بأمر يصدر من قاضى الأمور الوقتية على عريضة إذا لم يكن طلب تثبيته قد رفع إلى المحكمة » . فهنا يعين منفذ الوصية ، قبل تثبيته ، حارساً على التركة ويسلم أموالها ، إلى أن يصدر قرار المحكمة بتثبيته . وتعيينه حارساً يكون بأمر على عريضة تقدم إلى قاضى الأمور الوقتية إذا كان طلب التثبيت لم يقدم بعد إلى المحكمة ، أو بقرار من المحكمة إذا كان طلب التثبيت قد رفع إليها^(٤) .

ونصت المادة ٩٦٧ مرافعات على ما يأتى : « يجوز لقاضى الأمور المستعجلة فى أحوال الاستعجال أن يعين مديراً مؤقتاً للتركة بناء على طلب ذوى الشأن

(١) وإذا عهد إل الحارس فى تصفية التركة ، جاز له أن يعلن فى المبات التى صدرت من المورث إضراراً بحق الدائنين (استئناف مخطط ١١ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٦) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٢١ .

(٣) محمد على رشدى فقرة ٢١٨ مكروية - محمد على راتب فقرة ٢٦٩ ص ٩٣٣ -

محمد عبد العليق فقرة ٢٧٧ - فقرة ٢٧٨ .

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية إن هذه المادة قد نصت على إجراء مؤقت هو إقامة المنفذ للمعين فى الوصية مديراً على التركة إلى أن يصدر قرار المحكمة بتثبيته . فقد يجوز فى ظروف الحال من أسباب الاستعجال ما لا يحتمل التأخير إلى أن ترفع الدعوى أو حتى يفصل فيها . لذلك أجاز النص لمنفذ أن يطلب من قاضى الأمور الوقتية فى الحالة الأولى ، ومن المحكمة المرغوع إليها الطلب فى الحالة الثانية ، إقامته مديراً مؤقتاً يباشر من أعمال الإدارة ما يلزم لمواجهة سبب الاستعجال وذلك حتى يصدر القرار بتثبيته » .

أو النيابة ، وبين القاضي سلطة هذا المدير^(١) . وقد سبقت الإشارة إلى هذين النصين^(٢) .

(الحالة الثانية) إذا عين مصف للتركة : يغلب أن يكون تعيين مصف للتركة مغنياً عن وضعها تحت الحراسة^(٣) ، فقد رأينا أن المصنف يقوم بما يقوم به الحارس القضائي ويزيد عليه في أنه لا يقتصر على إدارة التركة إدارة مؤقتة ، بل هو يصفها ويستوفى ما لها من الحقوق ويوفى ما عليها من الديون ويسلم لكل وارث بعد ذلك حصته في التركة^(٤) .

ولكن يقع مع ذلك أن تقوم الحاجة إلى إقامة حارس قضائي ، قبل تعيين المصنف بل وبعد تعيينه .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية إن هذه المادة جاءت « مكملة للمذكرة التي أشارت إليها المادة ٩٦٦ ، فإنه إذا لم يتفق ذوو الشأن على من تسلم إليه الأشياء بعد جردها ، سلمها الكاتب الذي يتولى الجرد لأمين مؤقت يعينه القاضي بأمر يصدره على نفس محضر الجرد بغير إجراءات وبدون سماع مراعاة من الطرفين ، وهذا أمر ولائق لا يرقى إلى مرتبة الحكم بالحراسة . وهو يحفظ لا يمنع من رفع دعوى يطلب فيها إقامة حارس قضائي على التركة إلى قاضي الأمور المستعجلة . ويفصل فيها طبقاً لقواعد هذا النوع من التفصايا بصفة عامة » .

(٢) انظر آتياً فقرة ١٠٤ في الهامش .

(٣) وقد قضى في عهد انتقنين المدني القديم بأنه إذا كان المصنف قد عينه بعض الورثة دون بعض ، فإن تعيينه لا يمنع من إقامة حارس قضائي يمثل جميع الورثة (استئناف غنطل ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ١٤) .

(٤) ولذلك تلتهى مهمة الحارس كالتفصالي بتعيين مصف التركة . وقد قضى في هذا الصدد بأن سلطة مصف التركة أوسع نطاقاً وأبعد مدى من سلطة الحارس ، إذ أنه يتسلم أموال التركة ويقوم بإدارتها ويحصر ما فيها من أعيان وما لها وما عليها من ديون ، ويعلن قائمة الجرد لدعوى الشأن . فإذا قامت منازعات في صحة الجرد ، حَقَّقَتْ وفصل فيها . فإذا تم الجرد وفصل في المنازعات التي قامت بشأنه ، أصبح مصف التركة على بيئة من أمرها . فإذا أن تكون موصرة فيوفى الديون جميعها ، وإما أن تكون موصرة فيقسم التركة على الدائنين كل نسبة حقوقه . وبعد دفع التزامات التركة من ديون وصاايا وتكاليف أخرى ، يقدم كل وارث إعلاناً شرعياً إلى المحكمة ، تصحطيه شهادة تقرر حقوق الإرث وتبين مقدار نصيبه منه وتحدد ما آل إليه من أموال التركة . وعلى ذلك تنتهى مهمة الحارس على التركة بقوة القانون بإقامة مصف للتركة في القضاء الموضوعي ، إذ أن الحراسة هي إجراء ، وفي ، لأنه يواجه حالة وقتية تتغير بتغير الظروف ، وتزول بحجته من الوقت الذي تظهر فيه وقائع جديدة تغير من مركز الخصوم أو النزاع (مصر مستعجل ٢٧ فبراير سنة ١٩٥١ الهامة ٣١ ص ١٥٨٢) . وانظر محمد علي رشدي فقرة ٢١٨ مكررة ثانياً ص ٣١١ - محمد علي واتب فقرة ٣٦٨ ص ٩٢٩ .

أما إقامة حارس قضائي قبل تعيين المصني ، فذلك يمكن تصويره إذا رجعنا إلى المادة ٨٨١ مدني وهي تنص على ما يأتي : « على المحكمة أن تتخذ عند الاقتضاء جميع ما يجب من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة ، وذلك بناء على طلب ذوى الشأن أو بناء على طلب النيابة العامة أو دون طلب ما ؛ ولها بوجه خاص أن تأمر بوضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ، ذات القيمة » . فيمكن أن يقوم نزاع بين الورثة في شأن أنصبتهم أو في إدارة التركة أو في وفاء الديون على الوجه الذي يبينه تفصيلاً فيما تقدم ، ويقوم خطر عاجل يستدعي تعيين حارس قضائي على التركة إلى أن تنتهي المحكمة من تعيين المصني . ويعتبر تعيين الحارس القضائي في هذه الحالة من « الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة » وهي الاحتياطات التي تشير إليها المادة ٨٨١ مدني فيها رأينا . وهذا هو نفس ما قرره المادة ٦٩٧ مرافعات فيما يتعلق بتركات الأجانب على ما قدمناه .

وأما إقامة حارس قضائي بعد تعيين المصني ، فذلك يمكن أيضاً تصويره إذا رجعنا إلى المادة ٢/٨٧٧ مدني وهي تنص على ما يأتي : « وللقاضي أيضاً ، إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب ، عزل المصني واستبدال غيره به ، متى وجدت أسباب تبرر ذلك » . فإذا قامت الأسباب التي تبرر عزل المصني واستبدال غيره به ، فمن الحائز أن يطول الوقت الذي يتمكن فيه القاضي من تعيين مصنف جديد ، ويكون هناك خطر عاجل من ترك أموال التركة دون أحد يحافظ عليها . فيجوز لكل ذى مصلحة أن يطلب تعيين حارس قضائي يتولى المحافظة على التركة وإدارة أعيانها مؤقتاً حتى يعين المصني الجديد ، وقد تختار المحكمة نفس الحارس القضائي مصنفاً جديداً ، فتتقلب صفته من حارس قضائي بسلطات محددة إلى مصنف للتركة بسلطات واسعة^(١) .

(١) وإذا عين حارس قضائي للتركة ، فإن الحراسة تمت إلى أعيان التركة الموجودة في بلد أجنبي على رأي (عبد الحكيم فراج فقرة ٣٣٥ - فقرة ٣٤١ - عبد التميم رياض في مباحث القانون الدولي الخاص فقرة ٦٢٥ وما بعدها - محمد عبد القليل فقرة ٢٨١) . ودعت محكمة الاستئناف المختلة إلى عكس ذلك ، ولأن الحراسة لا تمتد إلى أعيان التركة الموجودة في بلد أجنبي (استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٦ - ٤ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٩٧ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٢) .

٤٢٣ - النزاع منطوق بالشرائط أو التبعيات أو المؤسسات أو

النفابات : وأكثر ما يقع من النزاع في هذه الهيئات يكون في الإدارة . وقد يقع خلاف بين المدير والأعضاء^(١) ، أو بين المدير ومجلس الإدارة ، وقد يسمى المدير الإدارة ، ويحمل مصالح الهيئة التي يديرها . وقد يخلو منصب المدير لوفاته أو لعزله أو لاستقالته أو لغير ذلك من الأسباب^(٢) . وقد يفلس الشريك المسئول في شركة التوصية^(٣) . ففي هذه الفروض وأمثالها^(٤) ،

(١) وقد قضى بأنه إذا قام خلاف بين أعضاء نقابة وهيئة إدارتها ، وثبت أن الفرض الذي أنشئت من أجله النقابة وهو القيام على رعاية مصالح العمال قد أصبح مستبعداً للخطر ، وأصبحت موارد النقابة معرضة للضرر ، جاز تعيين حارس يتولى مؤقتاً القيام على رعاية تلك المساح وتدير شؤون النقابة (مصر سبتمبر ٢٠ مارس سنة ١٩٤٠ الهامة ٢٠ رقم ٥١٤ ص ١٢٣٢ - عبد الحكيم فراج فترة ٢٠٠ ص ١٨٨ - محمد علي رشدي فترة ٢٢٠ ص ٣٢٥ - محمد عبد الطيف فترة ٢٦٩ ص ٢٤٣ - ص ٢٤٤ - وانظر استئناف مخطط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٠) خلاف بين رئيس القنصل وأعضاء مجلس الإدارة .

(٢) استئناف مخطط ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٦ - ١٣ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٤٦ ص ٣٢٦ - ٣٠ يونيو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٣٢ - عبد الحكيم فراج فترة ٢٠٠ - محمد علي رشدي فترة ٢٣٠ - محمد عبد الطيف فترة ٢٦٩ ص ٢٤٤ .

(٣) استئناف مخطط ٢٦ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٥ - محمد علي رشدي فترة ٢٣٠ ص ٣٢٥ - محمد عبد الطيف فترة ٢٦٩ ص ٢٤٣ .

(٤) وقد قضى بأن استئناف بعض الشركاء في شركة محاصة بإدارة الشركة وأرباحها دون الشركاء الآخرين يميز هؤلاء طلب وضع أموال الشركة تحت الحراسة القضائية ، حتى تفصل المحكمة المختصة في موضوع النزاع القائم بينهم (استئناف مخطط ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٢٥ - محمد علي راتب فترة ٣٧٠ ص ٩٧٤ هامش ٢) - وقضى بأن قيام نزاع بين الشركاء على إدارة الشركة يقتضي فرض الحراسة عليها حتى يقضى موضوعاً بطلان الشركة أو حلها ، ولا يؤثر في ذلك وقوع نزاع في مدى حقوق الشركاء (استئناف مخطط ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٥٢ ص ٢٨) - وقضى بأن رفع الدعوى بفسخ الشركة أو تصفيتها لدم اتفاق الشركاء على الإدارة ، أو لخالفه بعضهم لشروط عقد الشركة ، يميز لأي من الشركاء أو لأي دائن من دائني الشركة وضع أموالها تحت الحراسة حتى يفصل في موضوع النزاع (نقض فرنسي ٦ يناير سنة ١٨٨٥ دالوز ٨٥ - ١ - ٥٥ - محمد علي راتب فترة ٣٧٠ ص ٩٣٤ هامش ٤) - وقضى بأنه إذا قام النزاع في شركة مساهمة بين من قام بتأسيسها وله أغلبية أسهمها وبين مساهم آخر ضمه إليها وعهد إليه مباشرة الأعمال اللازمة للحراسة وتسييرها وتسيير الإدارة الفنية ورسم برامج العمل وتنظيم الإنتاج والنشاط التجاري ، وكان من شأن هذا النزاع أن يمرقل نشاط الشركة ويعرضها لخطر يتفاقم بوقوت الوقت ، جاز وضع هذه الشركة تحت الحراسة . وإذا لم تر المحكمة في ظروف الدعوى ما يبرر تحويل الحارس -

إذا كان النزاع جدياً ، قد يقوم خطر عاجل من ترك النزاع يتفاقم ، ويتضمن الأمر إقامة حارس قضائي^(١) يدير الشركة أو الجمعية أو المؤسسة أو النقابة مؤقتاً حتى يبت نهائياً في النزاع القائم .

وقد يقيم أحد الأعضاء دعوى فسخ ، فيستخدم النزاع بين المديرين والأعضاء ، ويقوم خطر عاجل يستوجب إقامة حارس قضائي بتولى الإدارة مؤقتاً حتى يفصل في دعوى الفسخ والتصفية^(٢) .

وقد يتوفى أحد الشركاء المتضامنين ، فلا توافق ورثته على الاستمرار في الشركة ، ولا يكون منصوباً في عقد الشركة على جواز استمرارها بعد.

١- اختصاصات عضو مجلس الإدارة المنتخب، فإنها تمهد إليه بتسلم الشركة موضوع الدعوى وإدارتها واستئلال مصانعتها ومباشرة جميع الأعمال المتعلقة بها على الوجه الذي يحقق المصلحة لها وإيداعها وأرباحها خزنة المحكمة على مدة الفصل في النزاع القائم ويبدأ بنفسه (إسكندرية مستجبل ١٧ مايو سنة ١٩٥٠ الترخيص والقضاء ٣ ص ١٣٥) - وقضى بفرض الحراسة إذا نسب إلى مدير الشركة مظاهر جدية تستوجب عزله ، بحيث يضمن من الخطر بقاء المال تحت يده ، حتى تقضى بحكة الموضوع بزمه (نقض مدني ٥ يولييه سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٢ ص ١١٦٥ : يقول المحكم إن الحراسة إجراء وقفي ليس فيه معنى الزل للتركيب المنتخب للإدارة باتفاق الشركاء ولا مخالفة لنص المادة ٥١٦ مدني) .

وانظر أيضاً : استئناف مخطط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٠٣ - ١٣ يولييه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٢٦ - ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٦ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٦ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٨٢ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥ - ١٣ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٢٦ - ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٣٠ - ١٥ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٨٦ - ٢٦ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٥ (الشريك الذي يدير الشركة شهر لإفلاسه) .

(١) وقد تقضى طيلة أعمال الشركة بإقامة نفس المدير حارساً ينضم إليه حارس آخر يراقب أعماله (استئناف مخطط ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٦ - ٢٤ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٢ - محمد علي رشدي فقرة ٢٣١) . وتختلف مهمة الحارس باختلاف الضرورة التي اقتضت الحراسة ، وقد تقتصر على مجرد الإشراف على عمل المدير ومراقبة حركة الإيرادات والمصروفات (استئناف مخطط ٢٠ يولييه سنة ١٩٢٩ م ٤٧ ص ٤٧ - محمد علي رشدي فقرة ٢٣١) .

(٢) استئناف مخطط ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢١ رقم ٤٥٤ ص ٣٩٦ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٨٢ - ٧ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٠٤ - مصر مستجبل ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٠ قضية رقم ٢٤٤٨ سنة ١٩٤٠ - جدي المحكم فراج فقرة ٣٠٠ ص ١٨٨ .

وفاة أحد الشركاء ، فيجوز للورثة أن يطلبوا وضع الشركة تحت الحراسة إلى أن يبت في أمر حلها وتصفيها^(١) .

وقد يدعى بعض الشركاء أن الشركة قد حلت ، وينازع بعض آخر في ذلك ، وينجم عن هذا النزاع أن يقوم خطر عاجل من بقاء الحالة على ما هي عليه ، ويستدعي الأمر إقامة حارس قضائي يتولى الإدارة مؤقتاً إلى أن يفصل في النزاع^(٢) .

وقد يتفق الشركاء على تصفية الشركة ، ثم يختلفون في تفسير عقد التصفية المبرم فيما بينهم ، ويقوم من وراء ذلك خطر عاجل من بقاء المال تحت يد الإدارة الحالية ، فيقتضى الأمر إقامة حارس قضائي يتولى إدارة الشركة مؤقتاً حتى يفصل في هذا النزاع^(٣) .

وقد تحمل الشركة وتدخل في دور التصفية ، ومع ذلك تفرض الحراسة

(١) وقد قضى بأن موت أحد الشركاء المضامين في شركة تضامن ، واستمرار باقي الشركاء في الشركة دون موافقة ورثة الشريك المتوفى ودون أن ينص في عقد الشركة على استمرارها بعد وفاة أحد الشركاء ، يحير لورثة الشريك المتوفى طلب وضع أموال الشركة تحت الحراسة حتى ثبت بحكمة الموضوع في تصفيها وتعيين مصف لها (استئناف مخطط ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٦ - محمد علي راتب بقرة ٣٧٠ ص ٩٣٤ هامش ٣ - محمد عبد الحفيظ بقرة ٢٦٩ ص ٢٤٢) .

(٢) وقد قضت بحكمة الاستئناف المخططة بفرض الحراسة إذا استأثر أحد الشركاء بأموال الشركة مدعياً أنها حلت ، مع منازعة للشركاء الآخرين له في ذلك (استئناف مخطط ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥) .

(٣) وقد قضت بحكمة النقض بأنه متى كان يبين ما جاء في الحكم أن المحكمة أقرت قضامها بالحراسة على أموال الشركة استناداً إلى ما تبين لديها من أسباب مقبولة تحسست معها الخطر العاجل من بقاء المال تحت يد حائزه ، وكان تقدير الجدل في النزاع وتوافر الخطر الموجب للحراسة من المسائل الموضوعية التي تقدرها بحكمة الموضوع ، متى كانت الأسباب التي جعلتها قواماً لقضائها بهذا الإجراء الوقتي تؤدي إلى النتيجة التي رتبها عليها ، وكان يبين منها أنها لم تتناول عقد تصفية الشركة المبرم بين الشركاء بالتأويل والتفسير - كما ذهب إليه الطاعن - إنما اقتضت على استمراره وجهي نظر الطرفين لتبين مبلغ الجدل في النزاع ، وكان ما يدعيه الطاعن من أن الشركة قد حلت وأصبحت لا وجود لها إعمالاً لأحكام المقتضى الآف المذكور مردوداً بأن شخصية الشركة تبين بالقدر اللازم لتصفية وحتى تنتهي هذه التصفية ، فإن ما يذاع الطاعن على هذا الحكم من الخطأ في القانون والقصور في التسبيب يكون على غير أساس (نقض مدني ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجسوة أحكام النقض ٤ رقم ١٢ ص ٦٣) .

حليها ، وتكون مهمة الحارس لإثبات ما تكشف عنه أوراق الشركة ومجملاتها من حقوق وديون وما يصل إلى علم الحارس من ذلك بأي طريق ممكن ، حتى يتمكن من حصر الحقوق المالية التي تصلح عنصراً للتصفية ، وبخاصة إذا تبين أن عقد تصفية الشركة لم ترد به جميع الديون . ذلك أن مهمة الحارس في هذه الحالة تختلف عن مهمة المصنف ولا تتعارض معها ، فلا تتناقى الحراسة مع قيام التصفية^(١) .

وقد يقوم نزاع بين أحد الشركاء وبين الشريك المتولى الإدارة في شأن ملكية بعض أموال الشركة ، فيدعى الشريك أنها ملكه ويدعى المدير أنها ملك الشركة ، ويصبح من الخطر بقاء تلك الأموال في يد المدير ، فيقام حارس قضائي يسلمها إلى أن يبت في النزاع^(٢) .

أما إذا وقع نزاع بين المساهمين في شركة مساهمة حول ملكية الأسهم ، فلأن ذلك في ذاته لا يؤدي في الأصل لإقامة حارس على أموال الشركة ، إذ لا خطر من هذا النزاع على إدارة الشركة ، وكل ما يترتب من الأثر هو

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الحراسة إجراء تحفظي وتقي تدعو إليه الضرورة ، فهو مؤقت بها ويستند فيها وجوده . وإذن في كان الحكم قد بين مأمورية الحارس وهي تسلم أموال الشركة وجردها ، بحضور طرفي الخصوم ، وكان لازم ذلك أنها تنتهي بمجرد انتهاء التسلم الموكول إلى الحارس ، وكانت مأمورية الحارس تختلف عن مهمة المصنف ولا تتعارض معها ، إذ سلطة كل منهما تغاير في جوهرها سلطة الآخر ، فإن ما يبيح للطاعن حل الحكم من أنه لم ينص في منطوقه على توقيت الحراسة ، أو أنه أمر بهذا الإجراء مع قيام التصفية ، لا يبرر له قانوناً (نقض مدني ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض : رقم ١٢ ص ١٣) . وانظر محمد علي راتب فقرة ٣٧٠ ص ٩٣٦ .

وقد يقوم النزاع - والشركة في دور التصفية الاختيارية - بين المساهمين الماديين وأصحاب الأسهم الممتازة وحصص التأسيس ، مما يستوجب فرض الحراسة (استئناف مخطط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٠٣) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه ، إذ قضى بفرض الحراسة على أموال الشركة والمقاربات المتنازع عليها ، قد رأى أن الخطر على مصلحة المطعون عليهم متوافر من بقاء هذه المقاربات وتلك الأموال تحت يد الطاعن الأول بوصفه شريكاً مديراً للشركة ، مع احتمال الخصومة بينه وبين المطعون عليهم واحتمال استداد أملاكها إلى أن يبت بحكم نهائي من محكمة الموضوع مما يقتضي إقامة حارس ، وكان الحكم لم يتناول عقد الشركة بالتأويل والتفسير وإنما اقتصر على استعراض وجهتي نظر الطرفين ليتبين مبلغ الجدل في النزاع ، فإن كتمى عليه الخطأ في تطبيق القانون وتأويله يكون على غير أساس (نقض مدني ٧ يونيو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٢ ص ٩٧٣) .

عدم تمكن الشخص الذى يلقى ملكية الأسهم من حضور الجمعية العامة لما يتطلب الحضور من إيداع الأسهم بمركز الجمعية أو بأحد المصارف^(١) . ولكن يمكن وضع الشركة المساهمة تحت الحراسة القضائية إذا قام نزاع بين أعضاء مجلس الإدارة بحيث لا يتمكن هذا المجلس من أداء مهمته ، فيعين حارس تكون مهمته دعوة الجمعية العامة لانتخاب مجلس إدارة جديد ، وبدير الحارس الشركة حتى يتم انتخاب هذا المجلس^(٢) . وكذلك يعين حارس لنفس المهمة إذا كان تعذر انعقاد مجلس الإدارة راجعاً إلى بطلان انتخاب أعضائه ، أو إلى بطلان انعقاد الجمعية العامة التى قامت بانتخاب الأعضاء ، أو إلى استقالة عدد من الأعضاء أو وفاتهم وعدم انتخاب غيرهم ، أو إلى قيام نزاع على ملكية عدد من الأعضاء للأسهم الواجب تملكها لحواز الترشيح لعضوية مجلس الإدارة^(٣) .

وإذا انتهت الشركة ولم تتفق أغلبية الشركاء على تعيين المصطفى ، فإن قاضى الموضوع يتولى تعيينه ، وكذلك يتولى تعيين مصف لشركة الباطلة

(١) إسكندرية مستجبل ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٥٠ مجلة التشريع والقضاء ٤ ص ١٢٧ - حسن راشد جرافة بحث فى مجلة التشريع والقضاء ٣ ص ١٣٨ وما بعدها - محمد على راتب فقرة ٣٧١ ص ٩٣٦ - ص ٩٣٧ - أما إذا كانت الأسهم مرهونة رهناً حيازياً ، فإنه يجوز تعيين حارس قضائى لتسلم هذه الأسهم من الدائن المرتين وإيداعها مركز الشركة حتى يتمكن المساهم من حضور الجمعية العامة ثم ترد بعد ذلك إلى الدائن المرتين (باريس أول يونيو سنة ١٩٣٥ سيريه ١٩٣٥ - ١ - ٢٥٥ - أوبرى روى وإسبان ٦ فقرة ٤٠٩ ص ١٩٣ - محمد على رشدى فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٥ - محمد على راتب فقرة ٣٧١ ص ٩٣٧ هامش ٢) .

(٢) ويجوز فرض الحراسة بناء على أحد طلب أعضاء مجلس الإدارة أو أحد المساهمين فى الشركة ، فلكل من هؤلاء مصلحة فى طلب الحراسة حتى تستقر أعمال الشركة (حسن راشد جرافة فى مجلة التشريع والقضاء ٣ ص ١٤٥ - محمد على راتب فقرة ٣٧١ ص ٩٣٨ هامش ٢) .

(٣) محمد على راتب فقرة ٣٧١ ص ٩٣٨ - والحارس القضائى يدعو وحده الجمعية العامة للانعقاد حتى لو كان النظام الأساسى لشركة يستلزم لانعقاد الجمعية العامة أن يوجه الدعوة مجلس الإدارة أو عدد من المساهمين ، لأن الحارس القضائى إنما عين لهذا الغرض ، ويقوم بتحقيقه كإجراء تحفظى حتى لا يس النظام الأساسى ، متى تحقق الغرض لم يجر بعد ذلك مخالفة النظام الأساسى فى دعوة الجمعية العامة (حسن راشد جرافة مجلة التشريع والقضاء ٣ ص ١٤١ - محمد على رشدى فقرة ٢٣١ - محمد على راتب فقرة ٣٧١ ص ٩٣٩ هامش ١ - وقانون إسكندرية مستجبل ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٥٠ مجلة التشريع والقضاء ٣ ص ١٣٧ : ويقضى الحكم بأن الحارس لا يدعو الجمعية العامة للانعقاد إلا إذا طلب إليه ذلك العدد اللازم من المساهمين طبقاً للنظام الأساسى) .

(م ٥٣٤ مدني^(١)) . والمصنف ليس حارساً قضائياً ، بل إن مهمته أوسع بكثير من مهمة هذا الحارس ، فهو يبيع مال الشركة ، ويستوفى الحقوق ويوفى الديون ، ويقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعاً (انظر المواد ٥٣٥ إلى ٥٣٧ مدني^(٢)) ولكن لا يوجد ما يمنع ، بالرغم من أن قاضي الموضوع قد عين مصفياً للشركة ، من أن يعين قاضي الأمور المستعجلة حارساً قضائياً للشركة ، إذا نسب إلى المصنف ما يجعل من الخطر بقاء أموال الشركة في يده ، أو طراً بعد تعيينه ما يستوجب الحراسة القضائية . فيتولى الحارس إدارة أموال الشركة مؤقتاً ، حتى يبت في النزاع القائم في شأن المصنف أو حتى يعين مصف آخر محله^(٣) .

وفي جميع الأحوال لا يجوز الحراسة إلا كإجراء وقفي تحفظي ، تستلزمه ضرورة المحافظة على حقوق الشركاء أو الأعضاء^(٤) . ولا يجوز إذا تبين أن القرض منها إنما هو تعديل في عقد الشركة أو النظام الأساسي دون موافقة

(١) وتنص المادة ١/٧٧ مدني على أن « تبين المحكمة عند الحكم بإلغاء المؤسفة مصفياً لأموالها ، وتقرر مصير ما يتبقى من الأموال بعد التصفية ، وفقاً لما نص عليه في سند إنشاء المؤسفة » .

(٢) محمد علي راتب فقرة ٢٧٢ - إسكندرية مستجبل ٨ مايو سنة ١٩٣٩ المأماة ٢٠ ص ١٢٠ .

(٣) استئناف مخطط ٢٥ يونيو سنة ١٩٣٠م ٤٢ ص ٥٨٥ - محمد علي رشدي لفرقة ٢٣٣ - محمد علي راتب فقرة ٣٧٢ ص ٩٤٠ - هذا وقد يقوم النزاع في تكييف العلاقة بين المصنفين ، هل هي شركة توصية أو عقد عمل ، فيقيم القضاء المستجبل حارساً قضائياً حتى تبين محكمة الموضوع في النزاع (مصر مستجبل ١٠ يوليو سنة ١٩٣٢ المأماة ١٣ ص ١٠٣٢ - محمد علي رشدي لفرقة ٢٣٠ ص ٣٢٥ حاشي ٣ - انظر عكس ذلك وأن قاضي الأمور المستعجلة يتولى اختصاصه إذا قضى بوضع الحراسة : استئناف مخطط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠م ٤٣ ص ١٢٩) .

(٤) استئناف مخطط ١٥ يناير سنة ١٩٣٠م ٤٢ ص ١٩٦ - وقد قضى بأنه ليس للشريك المدين أن يتعرض على الحراسة بقوله إن تعيين الحارس للقضاء يتضمن مزلاً له وإن المزل لا يكون إلا بحكم من محكمة الموضوع ومقتضى نص المادة ٥١٦ مدني - ليس له أن يتحدى بذلك ، لأن على هذا القول مردود بأن الحراسة القضائية متى فرضت عند توافر أركانها ، فلها تفرض كإجراء وقفي تحفظي تقتضيه الظروف العاجلة التي تحسمها القضاة من ظروف الدعوى ، وليس فيها معنى المزل للشريك المستند للإدارة ، ولا فيها مخالفة لنص المادة ٥١٦ المبالغة المذكور (نقض مدني ٥ يونيو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٢ ص ١١٦٥ وهو الحكم السابق الإشارة إليه آنفاً فقرة ٤٢٣ في الحاشي) .

جميع الشركاء ، أو تحويل الشركة إلى شركة أخرى ، أو الحد من سلطة المدير ، فإن هذا يكون فيه مساس بالموضوع وينبئ عليه الإخلال بنصوص عقد الشركة^(١) .

وإذا قضى بالحراسة على شركة كإجراء وقى تحفظي ، فإنه يجوز للقاضي إذا كان هناك مرور لذلك ، كأن كانت أعمال الشركة المالية مرتبكة ، أن يحكم بوقف التعامل في أسهم هذه الشركة وسنداتها حتى لا تهبط أسعارها ، وذلك محافظة على مصالح المساهمين والدائنين . وقد نصت المادة ١٦ من القانون رقم ١٦١ لسنة ١٩٢٧ الخاص باللائحة العامة لبورصات الأوراق المالية على أنه « يجوز للقضاء ، عند الحكم بالحراسة على إحدى الشركات ، أن يأمر على وجه الاستعجال بوقف التعامل في الأوراق المالية المتعلقة بهذه الشركة حتى يفصل في أمرها ، إذا اقتضت الضرورة ذلك »^(٢) .

§ ٣ - تجمع أسباب معقولة للخشية من خطر عاجل من بقاء المال تحت يد حائزه

٤٢٤ - قيام الخطر العاجل لظف وعده لفرصه الحراسة : قلنا أن الفقرة الثانية من المادة ٧٣٠ مدني تميز للقضاء أن يأمر بالحراسة إذا كان صاحب المصلحة في منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه . فلا يشترط إذن في هذا الفرض الثالث ، كما سبق القول^(٣) ، إلا توافر الشرط العام في كل حراسة قضائية ، وهو قيام الخطر العاجل . ولذلك يدخل في هذا الفرض جميع أحوال الحراسة التي لا تدخل في الفروض الأخرى ، فلا يشترط نص خاص في القانون ولا قيام

(١) استئناف مخطط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤٧ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٧ - ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٣٠ - عبد الحكيم فراج بقرة ٢٠١ - محمد حل وشلي بقرة ٢٢٢ - محمد عبد الطيف بقرة ٢٦٩ ص ٢٤٤ - وعلى ذلك لا يجوز للقاضي الأمور المستعجلة أن يحكم بتصنيف الشركة أو تعيين مصف لها ، لأن هذا لا يعتبر إجراء تحفظي ، بل هو فصل في موضوع النزاع ، وليس له كذلك أن يحكم بحل الجمعيات والمؤسسات ، فهذا فصل في موضوع النزاع ، وقد نظل له القانون إجراءات خاصة (محمد عبد الطيف بقرة ٢٧٢ - بقرة ٢٧٣) .

(٢) محمد عبد الطيف بقرة ٢٧٠ .

(٣) انظر كقفا بقرة ٤٠٩ .

نزاع جدلى أو حق غير ثابت ، بل يكفى قيام الخطر الداجل وحده لقرض الحراسة ، ومن ثم تكون أحوال الحراسة غير مذكورة على سبيل الحصر . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « وأخيراً وضع المشروع نصاً عاماً يجيز الحكم بالحراسة فى غير الحالتين السابقتين . وبناء على هذا النص لم يعد ضرورياً أن يكون هناك نص خاص فى القانون يجيز الحراسة فى كل حالة على حدة ، ولأن يقوم بشأن المال المراد وضعه تحت الحراسة نزاع ، أو يكون الحق فيه غير ثابت ، بل يكفى أن يكون لشخص مصلحة فى مال لا نزاع فيها ، وأن تتجمع لدى هذا الشخص أسباب معقولة يخشى معها أن يختلس هذا المال حائزة أو أن يتلفه أو أن يغير فيه : انظر المادة ٦٦٣ ثانياً من المشروع الفرنسى الإبطالى . ويترك للقاضى تقدير درجة الخطر الذى يهدد مصلحة طالب الحراسة ، وما يبرر خشية هذا الخطر من أسباب معقولة » (١) .

فبكفى إذن أن يكون لطالب الحراسة مصلحة فى منقول أو عقار ، ولم يتطلب القانون أن يكون له حق فى المنقول أو العقار ، بل لم يحدد المصلحة فيصح أن تكون مصلحة مادية أو مصلحة أدبية ، كما يصح أن تكون مصلحة محقة أو مصلحة محتملة (٢) ، وسأأتى بيان ذلك فى التطبيقات العملية .

ولم يكن نص الفقرة الثانية من المادة ٧٣٠ مدنى صريحاً فى إمكان فرض الحراسة على مجموع من المال ، فقد ذكر المنقول والعقار وسكت عن مجموع المال ، على عكس المادة ٧٢٩ مدنى والفقرة الأولى من المادة ٧٣٠ مدنى فإن مجموع المال ورد صراحة فى النص الأول وورد فى النص الثانى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية هـ ص ٢٧٩ - ص ٢٨٠ - وقد كان المشروع التمهيدى المادة ٧٣٠ مدنى يحصر أسباب الخطر الداجل فيقول : « إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه أن يختلس الحائز هذا الشيء ، أو أن يتلفه ، أو أن يغير فيه » . وفى لجنة المراجعة عدل النص ليكون حكمه عاماً ، فأصبح كافياً أن يخشى صاحب المصلحة « خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه » ، وهذا ما استقر عليه النص فى التفتين المدنى الجديد (مجموعة الأعمال التحضيرية هـ ص ٢٨٠ وانظر أيضاً فقرة ٤٠٩ فى الماشى) - وانظر فى النتائج العملية التى تترتب على الفرق بين نص التفتين المدنى ونص المشروع التمهيدى : هـ الحكم فرج فقرة ١٢٧ - فقرة ١٣٤ .

(٢) عبد الحكيم فرج فقرة ١٤١ - فقرة ١٤٣ - محمد عبد الحليم فقرة ٢٤١ .

عن طريق الإحالة إلى النص الأول . ولكن أحكام القضاء مضطردة في عهد التقنين المدني التقدم على جواز فرض الحراسة القضائية على مجموع من المال ، وقد رأينا تطبيقات كثيرة لذلك عند الكلام في الحراسة القضائية على التركات^(١) وعلى الشركات والجمعيات والمؤسسات والتعاقبات^(٢) . وقد أراد التقنين المدني الجديد ، كما رأينا^(٣) ، أن يجارى أحكام القضاء في التوسع ، وأن يقن ما وصلت إليه هذه الأحكام من المدى البعيد في هذا السبيل . ولم يفته ، لمعنا في الإفصاح عن هذا القصد ، أن يذكر صراحة مجموع المال في الحراسة الاتفاقية ، وفي الحراسة القضائية في الفرض الذي قيده بقيام النزاع أو الحق غير الثابت . فليس معقولا أن يكون ، في الفرض الذي أراد فيه إطلاق الحراسة القضائية من هذه القيود ، قد قصد بإغفاله عبارة « مجموع من المال » أن يعود إلى تقييد هذه الحراسة ، ولاشك في أن هذا سهو غير مقصود . لذلك لعل للتردد في القول بإمكان فرض الحراسة القضائية على مجموع من المال ، حتى لو لم يكن هناك نزاع قائم أو حق غير ثابت^(٤) .

ويجب ، كما هو صريح النص ، أن تتجمع لدى طالب الحراسة أسباب

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٢٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٢٣ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٠٨ .

(٤) ويقول الأستاذ عبد الحكيم فراج في هذا المعنى : « لذلك كان الواجب يقضى ، حتى يتفق النص التشريعي مع ما استقرت عليه أحكام القضاء ، أن تضاف عبارة « مجموع من المال » إلى صدر الفقرة الثانية من المادة ٧٣٠ من القانون المدني الجديد ، ليكون حكمها شاملاً وعماماً مثل حكم الفقرة الأولى من المادة ذاتها ، ومثل حكم المادة ٧٢٩ من القانون المدني الجديد التي تكلست من الحراسة الاتفاقية ، خصوصاً وأن المشرع قصد صراحة أن يكون حكم الفقرة الثانية المذكورة عاماً وشاملاً حتى ينسئ القضاء أن يواجه بها جميع الأحوال التي لم يتم في شأنها نزاع أو لم ينحص لها نص في القانون . فكان من مقتضى تحقيق هدف المشرع أن يضاف إلى نص الفقرة الثانية المذكورة عبارة « مجموع من المال » بجانب المقتول والمقار . أما وقد سكت المشرع عن ذلك ، ولم يصرح عن قصد في علم جواز الحراسة عليه ، وجب حل سكوته على جوازها على مجموع من المال كلياً توافرت شروط النص ، تحقيقاً لسياسة المشرع في جعل النص عاماً وشاملاً ، ولو ردد أحوال الحراسة فيه على سبيل المثال ، وقياساً على حكم الفقرة الأولى من المادة ٧٣٠ من القانون المدني الجديد والمادة ٨٧٦ منه التي أجازت للقضاء تعيين مصف التركة إذا لم يمين للورث وصياً تركته » (عبد الحكيم فراج فقرة ٢٤٥ ص ١٢٦) .

معقولة للخشية من خطر عاجل من بقاء المال تحت يد حائزه . وليس في هذا إلا ترديد للشرط العام المطلوب توافره في جمع دعاوى الحراسة كما سبق القول . وتقدير قيام الأسباب المعقولة والخطر العاجل مسألة موضوعية يترك تقديرها للقاضي الموضوع ، وقد صرحت بذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول فيما رأينا : « ويترك للقاضي تقرير درجة الخطر الذى يهدد مصلحة طالب الحراسة ، وما يبرر خشية هذا الخطر من أسباب معقولة »^(١) .

٤٢٥ - بعض التطبيقات العملية : وتورد بعض تطبيقات عملية لهذا الفرض العام ، حيث لا يشترط قيام نزاع أو حق غير ثابت . ونبادر إلى القول بأن كثيراً من التطبيقات العملية التى أوردناها حيث يقوم نزاع جدى يمكن تصورها متحققة دون أن يقوم أى نزاع ، فتكون هى ذاتها تطبيقات عملية لهذا الفرض العام الذى نحن بصددده . فقد لا يقوم نزاع في شأن المال المبيع أو العين المؤجرة أو المال الشائع أو التركات أو الشركات ، ومع ذلك توضع هذه الأموال تحت الحراسة القضائية مادامت هناك أسباب معقولة للخشية من خطر عاجل من بقاء المال في يد حائزه . وفي ضوء هذه الملاحظة نستعرض طائفة من التطبيقات العملية يكون فيها مال طالب الحراسة في يد الغير ، أو يكون له حق في مال الغير ، أو يكون دائناً ويطلب الحراسة لضمان وفاء الدين ، أو يكون له حق محتمل يريد حمايته عن طريق الحراسة .

٤٢٦ - مال طالب الحراسة في يد الغير : رأينا أمثلة متعددة لحالة يكون فيها مال طالب الحراسة في يد الغير ويخشى خطراً عاجلاً من بقاءه في يد حائزه ، فيطلب وضعه تحت الحراسة . من ذلك وجود العين في يد المستأجر ، ووجود العين المرهونة رهن حيازة في يد الدائن المرتهن ، ووجود العين المنتفع بها في يد المنتفع .

وقد رأينا أنه يجوز للمؤجر أن يطلب وضع الأرض المؤجرة تحت الحراسة . إذا أهمل المستأجر زراعتها ، أو تركها بوراً ، أو كانت الضرورة تقضى بتهيئتها للزراعة فوراً ولم يتم المستأجر بذلك^(٢) . ويمكن تصور قيام هذه الحالة

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٥ ص ٢٨٠ - وانظر عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٦ -

(٢) انظر أيضاً فقرة ٤٢٠ الأحكام والمراجع المشار إليها في هامش هذه الفقرة .

دون أن يكون هناك أى نزاع فى شأن الإيجار ، فلا المؤجر يتنازع المستأجر فى حقه كـمستأجر ، ولا المستأجر يتنازع المؤجر فى حقه كمؤجر ، ومع ذلك يحل المستأجر بالتزاماته على النحو الذى قدمناه ، فيقوم خطر عاجل من بقاء العين المؤجرة فى يد المستأجر . ومن ثم يجوز للمؤجر وضع العين تحت الحراسة ليقوم الحارس بـزراعة الأرض على الوجه الواجب ، إلى أن يقدم المستأجر ضماناً بأنه سيقوم بتنفيذ التزاماته على الوجه الذى يتطلبه القانون . وكالأرض الزراعية الملبأى ، فإذا أخذ المستأجر مخرب المنزل الذى استأجره ، أو أساء استعماله ، أو استعمله فى غير الغرض الذى أئذ له ، دون أن يقدم نزاع بين المؤجر والمستأجر فى شيء من ذلك ، فإنه يجوز مع هذا للمؤجر أن يطلب وضع المنزل تحت الحراسة ، ليقوم الحارس بإزالة ماوقع من المستأجر من المخالفات وسوء الاستعمال ، إذا كان هناك خطر عاجل يبرر فرض هذه الحراسة .

كذلك يجوز للمدين الراهن رهن حيازة أن يطلب وضع الشيء المرهون تحت الحراسة ، إذا أداره الدائن المرتهن إدارة سيئة أو ارتكب إهمالاً جسيماً أو أساء استعمال حقه . ويجوز وضع العين تحت الحراسة حتى لو لم يتم نزاع بين الدائن المرتهن والمدين الراهن فى شيء من ذلك ، ويكفى أن يكون هناك خطر عاجل يهدد سلامة الشيء المرهون . وقد نصت المادة ١١٠٦ منقذ فى هذا الصدد على ما يأتى : « ١ - يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون ، وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية ما يبذله الرجل الماخذ وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن ، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضى تدخله . ٢ - فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب فى ذلك إهمالاً جسيماً ، كان للراهن الحق فى أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه . وفى الحالة الأخيرة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لا تسرى عليه فائدة ولم يكن قد حل أجله ، فلا يكون للدائن إلا ما يبق من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانونى عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين » . وقد سبق ذكر ذلك^(١) .

(١) انظر أننا فقرة ٤١٢ فى الماخذ .

وكذلك يجوز للمالك الرقبة ، إذا استعمل المتضع الشيء انتفاعاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعته ، أن يطلب وضعه تحت الحراسة ، حتى لو لم يكن هناك نزاع في ذلك بين الطرفين . ويمكن أن يثبت مالك الرقبة أن حقوقه في خطر حتى يجوز له أن يطلب بتقديم تأمينات ، فإن تخلف المتضع عن تقديمها ، جاز وضع الشيء تحت الحراسة ، بل جاز عند الاقتضاء الحكم بانتهاء حق الانتفاع . وهذا ما نصت عليه المادة ٩٨٨ مدني ، وقد تقدم ذكرها^(١) .

٤٢٧ - مطالب الحراسة هي في مال الغير : وننتقل الآن إلى حالات لا يطلب فيها للشخص كما في الحالات السابقة وضع الحراسة على ماله في يد الغير ، بل يطلب فيها وضع الحراسة على مال الغير لأن له حقاً تعلق بهذا المال . ويختار أمثلة لذلك العين الموعود ببيعها وهي في يد الواعد ، والعين المبيعة وهي في يد المشتري ، والمقار المرهون رهناً رسمياً وهو في يد المدين الراهن .

فأما العين الموعود ببيعها فهي لا تزال في ملك الواعد ، وليس للموعود له إلا حق شخصي يتعلق بها إلى أن يبدي رغبته في الشراء . فإذا خشي الموعود له خطراً عاجلاً من بقاء العين تحت يد صاحبها طول المدة التي تسبق إبداء رغبته في الشراء ، كأن شرع الواعد في التصرف فيها وبخاصة إذا كانت منقولة حيث يسهل عليه أن يتصرف فيها لحائز حسن النية فيضيع على الموعود له حقه ، عند ذلك يستطيع الموعود له أن يطلب وضع العين تحت الحراسة إلى أن ينقضي الوقت الذي يجوز له فيه إبداء رغبته في الشراء ، حتى لو لم يكن هناك نزاع قائم في هذا الشأن بين الواعد والموعود له . ولكن يجب أن يثبت الموعود له أن هناك خطراً عاجلاً محققاً من بقاء العين تحت يد الواعد ، إذ أن هذا الأخير لا يزال هو المالك للشيء فلا تغل يده بالحراسة إلا إذا كان هناك خطر عاجل يبرر ذلك .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤١٢ - وإذا خشي المالك خطراً من انتفاء الدائن لإجراءات نزع الملكية في دين يتازع فيه ، جاز له أن يطلب وضع المقار تحت الحراسة حتى يثبت في النزاع القائم في شأن العين (استئناف مخطط ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣٤) .

وقد تنتقل ملكية العين المبيعة إلى المشتري ويتسلمها ، ولكن يبقى حق امتياز البائع متعلقاً بالعين ضماناً لوفاء الثمن . وقد قلعنا أنه إذا أثبت البيع للذئ لم يستوف الثمن أن المشتري يخرب العين المبيعة للانتقاص من حق امتيازها ، أو أثبت أن المشتري لم يتم بسداد الديون التي تضمها العين المبيعة وفقاً لشروط البيع ، أو لم يتم بسداد الضرائب المستحقة على العين ، وأن عدم سداد الديون أو الضرائب يهدد العين بنزع الملكية فيضعف ضمانه ، جاز له أن يطلب وضع العين تحت الحراسة^(١) . ويجوز له أن يتقدم بهذا الطلب حتى لو لم يكن هناك نزاع قائم بينه وبين المشتري ، مادام أن هناك خطراً عاجلاً يهدد الضمان الذي له في الوفاء بالثمن ، وهذا يكفي لفرض الحراسة .

والعقار المرهون رهناً رسمياً يبقى في يد الراهن وتبقى له ملكيته ، ولكن يتعلق بالعقار حق الدائن المرتهن . وقد يهدد هذا الحق خطر عاجل ، فيجوز للدائن المرتهن أن يطلب وضع العقار تحت الحراسة وهو ليس ملكاً له ولكن تعلق به حقه . ولا يشترط قيام نزاع لإمكان فرض الحراسة ، بل يكفي قيام الخطر العاجل . ويؤيد ذلك ما نصت عليه المادة ١٠٤٧ مدني من أن «يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن ، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً ، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما يتفق في ذلك » . وغنى عن البيان أن من بين الوسائل التحفظية التي يستطيع الدائن المرتهن اتخاذها للمحافظة على سلامة العقار المرهون أن يطلب وضعه تحت الحراسة^(٢) .

٤٢٨ — طالب الحراسة وأئني بربر ضمانه وفاء الغريم : ويتصل بما تقدم أن يكون طالب الحراسة دائناً شخصياً فتكون جميع أموال المدين ضماناً لدينه ، ومن هنا يتعلق حقه بملك الغير ، ولكن لابعين معينة بالذات كما هي الحال فيما قدمناه من تعلق حق الموعود له بالعين الموعود ببيعها ومن تعلق

(١) انظر آنفاً فقرة ٤١٩ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز لمن له حق عيني في عقار مملوك لغيره أن يطلب وضع العقار تحت الحراسة ، إذا غشى من استئثار المالك بالعقار (استئناف مختلط ١١ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٩ - ٩ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤١ - ومع ذلك قارن : استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٩١٢ - ٥ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٦ ص ١٠) .

حق البائع بالعين المباعة ومن تعلق حق الدائن المرتين بالعقار المرهون ، ولكن بمجموع أموال المدين . فهل يجوز للدائن الشخصى أن يطلب وضع أموال مدينه تحت الحراسة لاستيفاء دينه منها ؟

نسبعت أولاً جواز وضع الحراسة على مجموع أموال المدين فيما عدا حالة المدين المعسر . وليس ذلك لأنه لايجوز وضع الحراسة على مجموع من المال ، فقد بينا أن ذلك يجوز كما فى التركات والشركات والجمعيات والمؤسسات والنقابات . ولكن لأن وضع الحراسة على مجموع أموال المدين هو بمثابة حجر عليه ورفع يده عن جميع أمواله ، وهذا لايجوز إلا فى حالات خاصة حددها القانون وهى الحجر والإفلاس والإعسار ، ومن ثم استثنينا المدين المعسر^(١) .

ويبقى بعد ذلك أن يطلب الدائن وضع الحراسة على مال المدين معين : لايتعلق به حقه خاصة وإنما يتعلق به داخلاً فى عموم ماله كما يتعلق بأى مال آخر للمدين ، فهل يجوز ذلك ؟ إذا أريد بالحراسة التنفيذ على أموال المدين ، فيطلب الدائن وضع مال للمدين تحت الحراسة ليقوم الحارس بإدارته وتصفيته وبيعه وسداد الدين من ثمنه ، فإن هذا لايجوز . ذلك أن الحراسة لم تشرع لتكون طريقاً للتنفيذ^(٢) ، وطرق التنفيذ قد نظمها قانون المرافعات

(١) نقض فرنسى ١٠ يولييه سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٦ - ٣١٣ - ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ١ - ٣٤ - ليون ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٢ - ٢ - ١٨٢ - أوبرى ورو وإيمان ٦ فقرة ٤٠٩ ص ١٩٣ - پلاتيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٢ ص ٥٣٢ هامش ٣ - وانظر فيما يتعلق بالحراسة الاتفاقية أنفاً فقرة ٤٠٠ فى الهامش - وقارن يودرى وقال فقرة ١٢٨٢ .

(٢) أو لإكراه المدين على الوفاء (محمد على رشدى فقرة ٢٢٢ - محمد على راتب فقرة ٣١١ ص ٨٠٦ - استئناف مصر ١٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ الهامة ١٤ رقم ٣٥٣ ص ١٨٤ - مصر مستجبل ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ الهامة ٧ رقم ٤٤٠ ص ٧٠١ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٧ الهامة ٧ رقم ٥١١ ص ٨٩٦ - ١١ يولييه سنة ١٩٣٢ الهامة ١٣ رقم ١٥٠ ص ٣٢٥ - ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٩ الهامة ٢١ رقم ٥٨ ص ١٠١ - بنى سويى الجزئية ٣ فبراير سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ٥٢٠ ص ١٠٤١ - إسكندرية مستجبل ٣٠ مايو سنة ١٩٣٨ الهامة ١٩ رقم ٢٨٩ ص ٧٠٠ - استئناف مخطوط ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٢ - أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٤٧ - ٥ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٩٥ - ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٣٦٣ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٨١ - ١٠ يناير سنة ٢٩٣٥ م ٤٧ ص ١٠١ - ٢٥ يولييه سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٣) .

وليس الحراسة من بينها ، وما الحراسة إلا إجراء تحفظي مؤقت لا يمس أصل الموضوع ، بخلاف استيفاء الدين من مال المدين فهو إجراء تنفيذي غير مؤقت وشمس أصل الموضوع . ولكن الحراسة على مال للمدين تجوز إذا أريد بها أن تكون إجراء تحفظياً مؤقتاً ، ويكون الغرض منها المحافظة على هذا المال من خطر عاجل يهدده ، كأن يكون المدين قد شرع في التصرف فيه لتبريه . وقد قضى بأنه يجوز وضع الحراسة على مال للمدين ، إذا ثبت أن هذا الأخير يحاول الهروب من الدين بالتصرف في المال تصرفاً صورياً^(١) ، أو إذا تعمد المدين تعطيل أثر إجراءات التنفيذ التي اتخذها الدائن بالملاحظة والتواطؤ مع الغير^(٢) ، أو إذا تخلف الراسي عليه المزداد عن أداء التزاماته بسبب إفلاسه وظل العقار في حيازة المدين المنزوعة ملكيته يستولى

= وقد قضى بعدم جواز فرض الحراسة بناء على طلب أحد المدينين التضامنين عندما يتأخر المدين التضامن منه في سداد نصيبه من الدين (استئناف مخطط ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٥٨) ، أو بناء على طلب الدائن العادي الذي لديه سند تنفيذي ويرغب في تنفيذه بطريق وضع أمواله تحت الحراسة (استئناف مخطط ٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤١ - طناً استئناف ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤ ص ٨١) .

ومع ذلك فقد قضى بأنه يجوز للدائن الجارى نزع أملاك مدينه أن يطلب تعيينه حارساً قضائياً على الأملاك التي يزع ملكيتها ، ليستغلها بنفسه لنفسه وفاء لدينه ، على أن تنتهى الحراسة عنه سداد الدين (نبي سويث ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٨ رقم ٤١ ص ٧٨) .

(١) استئناف مخطط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢٠ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣١ - ٢٥ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٢ ص ٢٢١ - ١٨ أغسطس سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٨١ .
(٢) وقد قضى بأن الحارس المقام على عقار لحماية مصلحة الدائنين من تصرفات المدين اتخاذ كل الإجراءات التي تكفل الوصول إلى هذه الغاية ، وبوجه خاص طلب بطلان عقود الإيجار الخالفة للقانون أو التي توأمت فيها المدين إضراراً بالدائنين (استئناف مخطط ٦ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٦٥ - محمد حل رشدي فقرة ٢٢٤ ص ٣١٧ هامش ١) ، أو طلب بطلان الهبة التي صدرت من المدين إضراراً بالدائنين (استئناف مخطط ١١ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٦) . وقضى بأن الحراسة لا تجوز إلا إذا تطلعت وسائل التنفيذ التي رسمها القانون أو استحالته إما لسوء نية أو لسوء إدارة ، وهي في الحالتين تكون الطريق الوحيد الذي يكفل حق الدائنين ويصون مصالح المدين (إسكندرية مستعجل ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٣٧٤ ص ٧٥٩) ، فلا تجوز الحراسة مجرد ضمان استيفاء الدين إذ القانون قد رسم طرقاً لاستيفائه ليس من بينها الحراسة (استئناف مخطط ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٢) ، وإذا رفضت الدعوى البوليسية أو الدعوى السورية على مطلق العقار لم يمكن ذلك كافيًا لطلب الدائن وضع العقار تحت الحراسة (استئناف مخطط ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٢ - ٣٠ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥٢٤) .

على ثماره ويتصرف فيه^(١). ولا يشترط في جميع هذه الأحوال أن يكون هناك نزاع قائم بين الدائن والمدين ، بل يكفي قيام الخطر العاجل على النحو الذي يبيّنه لقرض الحراسة على مال المدين^(٢).

والمدين المعسر كالمدين المورس يمكن للدائن أن يطلب وضع الحراسة على مال له معين ، بل إن حالة المدين المعسر تستدعي الحراسة أكثر مما تستدعيه حالة المدين المورس ، فإنه أقرب إلى تهريب ماله وإلى الماطلة والتواطؤ مع الغير . ولكن وضع مجموع ماله تحت الحراسة هو عمل الخلاف . على أن الرأي السائد في القضاء والفقه في مصر هو أنه لا يجوز ذلك ، فإن فيه حجراً على حرية المدين في إدارة أمواله والتصرف فيها والحجر لا يكون إلا في الحالات التي نص عليها القانون وليس الإعسار منها ، وفيه كذلك حجر على حق الدائن في التنفيذ الفردي على أموال مدينه وهو حق يتلقاه من القانون مباشرة

(١) استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ١٣ رقم ٤٢٦ ص ٨٦٤ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ الهامة ١٧ رقم ٩٢ ص ١٩٨ - استئناف مخطط ١٩ يوفيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٨٤ - عبد الحكيم فراج فقرة ٩٠ - فقرة ٩٢ - محمد علي رشدي فقرة ٢٢٣ - محمد علي راتب فقرة ٣١١ - وقد قضى بجواز الحراسة على عقار لمصلحة الدائنين ، بالرغم من أن هذا العقار لم يتم بناؤه ولا يمكن تأجيله ولا يمل ريباً ، إذا كان المدين مالك العقار يحاول الإنقاس من قيمته معرضاً بذلك حقوق الدائنين للخطر (استئناف مخطط ٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٧٨ - عبد الحكيم فراج فقرة ١٤٤ ص ١٢٣) .

(٢) وقد قضى بأنه تصح الحراسة على متجر المدين (جراج) لفنان استيفاء الدين إذا كان المدين لا يملك أي مال آخر (استئناف مخطط ١٨ أغسطس سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٨١) . وإذا وضع الدائن الحراسة على ريع عقار المدين اعتبر بمثابة دائن حائز ، ويجب إعلانه للقدم في التوزيع مع سائر الدائنين الحاجزين وإلا كانت إجراءات التوزيع باطلة (استئناف مخطط ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٠) . ولا يشترط لوضع العقار تحت الحراسة اتخاذ إجراءات نزع الملكية وحجز العقار ، إذ الحراسة في هذا القرض الأخير حالة خاصة نص عليها القانون (استئناف مخطط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣١) .

ويجوز لدائن المرتين أن يتفق مع المدين على وضع العقار المرهون رهناً رهنياً تحت الحراسة إذا تأخر المدين في وفاة الدائن وتكون الحراسة في هذه الحالة حراسة اتفاقية ، وإذا رسا لأزداد على الدائن ولم يتمكن من تسليم العين جاز له أن يطلب وضعها تحت الحراسة ، وإذا وقتت إجراءات نزع الملكية بسبب المارسة في التفتيش لم يمنع ذلك من وضع العين تحت الحراسة (استئناف مخطط ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٩) . وانظر استئناف مخطط ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦٧ - ١٧ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٣٣ - ٢٥ يوفيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣١ .

فلا يجوز حرمانه منه إلا بنص صريح في القانون . هذا إلى أن وضع الحراسة على مجموع أموال المدين يتضمن ضرباً من التصفية الجماعية لأموال المدين على غرار التصفية الجماعية المقررة في الإفلاس ، فلا يجوز تحت ستار الحراسة إدخال نظام لا يصح دخوله إلا بنصوص صريحة^(١) . ويبدو أن هذه الحجج قد فقدت أهميتها بعد أن نظم التقنين المدني الجديد حالة الإعسار . ولم تكن منظمة في التقنين المدني القديم . وإذا كان قد حذف من نصوص التقنين المدني الجديد تنظيم التصفية الجماعية لأموال المدين المعسر على غرار التصفية الجماعية لأموال التاجر المفلس . فإنه لا تزال هناك نتائج هامة تترتب على شهر إعسار المدين . وأهم هذه النتائج أن يحل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة (م ٢٥٥م مدني) ، ولا يجوز للدائن أن يأخذ حق اختصاص على عقارات المدين المعسر (م ٢٥٦م مدني) . ولا يسرى في حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته (م ٢٥٧م مدني) ، كما لا يسرى في حقهم أى وفاء يقوم به المدين (م ٢٥٧م مدني) . ويعاقب المدين بعقوبة التبديد إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعمد الإعسار بقصد الإضرار بدائنيه ، أو إذا كان بعد الحكم بشهر إعساره أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها ، أو اصطنع ديوناً صورية أو مبالغاً فيها (م ٢٦٠ مدني) . ويتبين من ذلك أن هناك مصلحة جدية للدائن في طلب وضع الحراسة على مجموع أموال المدين المعسر إذا كان هناك خطر عاجل من بقاء المال تحت يد المدين المعسر . وإذا كان القانون يجعل كما رأينا أى وفاء يقوم به المدين المعسر لا يسرى في حق الدائنين ،

(١) استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ رقم ٤٢٦ ص ٨٦٣ - مصر ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ الحاماة ٧ رقم ٤٤٠ ص ٧٠١ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٧ الحاماة ٧ رقم ٥١١ ص ٨٩٦ - ملطأ الكلية ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ ص ٨١ - بي سويف الجزئية ٣ فبراير سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ٥٢٠ ص ١٠٤١ - إكسكتريه مستعجل ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ الحاماة ١٣ رقم ٣٧٤ ص ٧٥٩ - المنيا الكلية ٢٠ مارس سنة ١٩٣٣ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ١٣٧ ص ٢٤١ - استئناف مختلط ١٣ يونيو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٤٥ - محمد علي رشدي فترة ٢٢٢ ص ٣١٥ - ص ٣١٦ - محمد علي راتب فترة ٣٧٣ - محمد عبد الطيف فترة ٢٥٠ .
وانظر في إمكان وضع الحراسة على مجموع أموال المدين في حالة اتفاق المدين المصرح بجمع الدائنين وفي حالة اختفاء المدين المعسر ليتجنب مطالبة الدائنين : عبد الحكيم فراج فترة ٢٢٨ ٤ فترة ٢٣٠ .

وبعاقب بقوة التبديد المدين المعسر الذى يحق بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها ، فإن هذا معناه أن هذه أمور محتمل وقوعها من المدين المعسر ولذلك حرمها المشرع . فلياذ إذن ، إذا تجمعت لدى الدائن أسباب جديفة تجعله يخشى من أن تقع هذه الأمور ، يمنع من اتخاذ إجراء تحفظى وقائى فيطلب وضع أموال مدينه المعسر تحت الحراسة ؟ وبذلك يتوق وقوع هذه الأمور ، وهذا خير من تركها تقع ثم يحاول تلافى نتائجها بعد ذلك ، وهنا يصبح القول بأن الوقاية خير من العلاج . من أجل ذلك نرى أن للدائن أن يطلب وضع مجموع أموال مدينه المعسر تحت الحراسة إذا أثبت أن هناك خطراً عاجلاً من بقاء هذه الأموال تحت يد المدين ، بل إنه يجوز في رأينا طلب فرض الحراسة على أموال المدين في أثناء نظر دعوى شهر الإعسار حتى لا يسارع المدين توقفاً لصلور الحكم بشهر إعساره إلى إخفاء أمواله . والذى لايجوز هو أن تكون مهمة الحارس تصفية أموال المدين وسداد ديونه ، فإن هذه مسألة موضوعية تنفيذية لاشأن للحراسة ، وهى إجراء مؤقت تحفظى ، بها . وكل ما يكلف به الحارس هو المحافظة على أموال المدين من التبديد والضياع ، ومنعه من أن يؤثر بعض الدائنين على بعض بوفاء ديونهم ، والدائنون بعد ذلك وشأنهم في اتخاذ إجراءات التنفيذ الفردية التى يرون اتخاذها استيفاء لحقوقهم من أموال المدين^(١) .

٤٣٩ - طالب الحراسة من تحمل بربر محاسبه : ويصح أن يكون لطالب الحراسة ، لاحقاً قائم يطلب وضع الحراسة لحايته ، بل محج دحق

(١) انظر في هذا المعنى عبد الحكيم فراج فقرة ٢٢٣ - فقرة ٢٣٩ وبوجه خاص فقرة ٢٣٨ - فقرة ٢٣٩ ص ٢٢٤ - ص ٢٢٧ . وقد جاء في حكم محكمة استئناف مصر ، في عهد التقنين المدنى القديم وقبل تنظيم الإعسار ، أن الحراسة في ذاتها ليست مطلوبة لتكوين الدائن من الحصول على حقه من طريق رفع يد المدين عن استغلال أملاكه ، بل هى مطلوبة كإجراء مستعمل للميلولة دون تبديد المدين الربع الذى أصبح ملحقاً بالمغار المزروع ملكيته وواجباً توزيعه على الدائنين مع ثمن المغار . وإذا كان القانون المدنى المصرى لم ينص على الإفلاس المدنى لحماية حقوق الدائن ، فإن من واجب القاضى ألا يدخر وسعاً في الأمر بكل إجراء لا يخالف أحكام القانون ويكون الغرض منه تكوين الدائن من تنفيذ الحكم الصادر لمصلحته والوصول إلى حقه من مدينه عاجلاً (استئناف مصر ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ الصفحة ١٧ رقم ٩٢ ص ١٩٨) ..

محتمل ، وهذا يكفي لفرض الحراسة متى كان هناك خطر عاجل يهدد هذا الحق المحتمل .

وقد قضى في فرنسا في هذا المعنى بأنه يجوز للمعنى عليه أن يطلب وضع أموال والد المتهم ووالدته - والمتهم قاصر ووالده مسئول عنه مدنياً ثم والدته إذا مات والده - تحت الحراسة وفاء لما قد يستحق له من التويض^(١) .

وقد ترفع دعوى الحجر ، فيأجر المطلوب الحجر عليه إلى تبديد أمواله ، وهذا يلحق الضرر بورثته بالرغم من أن حقهم في الوراثة حق احتمالي . وقد نصت المادة ١١٤ مدني على أن « ١ - يقع باطلا تصرف الجنون والمعتوه ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر . ٢ - أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر ، فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها » . وتنص المادة ١١٥ مدني على أنه « ١ - إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفه بعد تسجيل قرار الحجر ، سري على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام . ٢ - أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ، فلا يكون باطلا أو قابلاً للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » . ويخلص من ذلك أنه يخفى من تصرفات المطلوب الحجر عليه في أثناء اتخاذ إجراءات الحجر ، بل قبل اتخاذها إذا شعر أنه مهدد بها ، ومن ثم عالج المشرع هذه التصرفات فجعلها في بعض الأحوال باطلة أو قابلة للإبطال . كذلك يخفى أن يخفى المطلوب الحجر عليه أمواله أو يبددها . فإذا تجمعت لدى الورثة أسباب معقولة للخشية من خطر عاجل يهدد حقهم المحتمل في الوراثة من بقاء المال تحت يد مورثهم قبل صدور قرار بالحجر عليه ، فإنه لا يوجد ما يمنع من أن يطلبوا من قاضي الأمور المستعجلة وضع أمواله تحت الحراسة حتى يثبت في طلب الحجر^(٢) .

(١) تانسي ٢١ أبريل سنة ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٨ - ٤٩٥ - أوبري ورو وإسبان ٦
فقرة ٤٠٩ ص ١٩٢ - ص ١٩٣ - بلانيول وريبير وسلفاتيه ١١ فقرة ١١٩٤ ص ٥٣٦
هاش ٣ - أضيكلويي دالوز ٤ لفظ Séquestre فقرة ٢٤ .
(٢) انظر في هذا المعنى باريس ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٠ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠ -
٥٦٥ - وانظر في النقاع عن هذا الحكم ضد ما وجه إليه من انتقادات محمد علي رشدي فقرة
٢٠٧ - ٢١٠ .

وقد قضى ، تطبيقاً لنفس المبدأ ، بجواز وضع أموال الغائب تحت الحراسة ، حتى لو لم تنقضى سنة كاملة على غيابه ، لضمان المحافظة على أمواله وحسن إدارتها واستغلالها ، وحفظاً لمصلحة أصحاب الشأن ممن يخشى أن تفوت إليهم هذه الأموال بطريق الميراث إذا تحققت وفاة الغائب فعلاً أو حكماً^(١) .

المطلب الثانى

أحوال الحراسة القضائية على الأموال الموقوفة

- ٤٣٠ — نص قانونى : تنص المادة ٧٣١ من التقنين المدنى على ما يأتى :
- « تجوز الحراسة القضائية على الأموال الموقوفة فى الأحوال الآتية » :
- ١ — إذا كان الوقف شاغراً ، أو قام نزاع بين نظاره ، أو نزاع من أشخاص يدعون حق النظر عليه ، أو كانت هناك دعوى مرفوعة بعزل الناظر ، وكل هذا إذا تبين أن الحراسة لإجراء لابد منه للمحافظة على ما قد يكون للنوى الشأن من الحقوق . وتنتهى الحراسة فى هذه الأحوال إذا عين ناظر على الوقف ، سواء أكان بصفة مؤقتة أم كان بصفة نهائية .
- ٢ — إذا كان الوقف مدينياً .
- ٣ — إذا كان أحد المستحقين مدينياً معسراً ، وتكون الحراسة على حصته وحدها إن أمكن فرزها ولو بقسمة مؤقتة ، وإلا فعلى الوقف كله . ويشترط أن تكون الحراسة فى الحالين هى الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين بسبب سوء إدارة الناظر أو سوء نيته^(٢) .

(١) مصر مستعجل ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٥٣ الحاماة ٣٤ رقم ٢١٣ ص ٥٠٩ — محمد عبد الطيف فقرة ٢٤١ ص ٢٢٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٠١٧ من المشروع التمهيدى للوجع الآتى : « تجوز الحراسة على الأموال الموقوفة فى الأحوال الآتية : ١ — إذا كان الوقف شاغراً ، أو قام نزاع بين الناظر على الوقف أو من أشخاص يدعون حق النظر ، أو كانت هناك دعوى مرفوعة بعزل الناظر ، كل هذا إذا تبين أن الحراسة لإجراء لابد منه للمحافظة على ما قد يكون للنوى الشأن من الحقوق . ٢ — إذا كان الوقف مدينياً ، أو كان أحد المستحقين معسراً ، وكانت الحراسة فى الحالين هى الوسيلة الوحيدة حتى لا يضيع على الدائنين حقوقهم بسبب سوء إدارة الناظر أو سوء نيته . » وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية بسيطة ، وتعهد أن الحراسة =

ولا مقابل للنص في التقنين المدني القديم ، ولكن هذه الأحكام كان معمولاً بها في عهد هذا التقنين .

ويقال النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٦٩٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٣١ - ولما مقابل للنص في التقنين المدني العراقي ، ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني^(١) .

٤٣١ - أموال الحراسة على الأموال الموقوفة تطبيقاً للقواعد العامة

ولست مذكورة على سبيل المحصر : وقد أفرد للحراسة على الأموال الموقوفة نص خاص ، ليس لأنه يراد حصر الأحوال التي يجوز فيها الحراسة

تكون في هذه الأحوال حراسة قضائية ، وأصبح رقم النص ٧٦٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٢ . وفي لجنة مجلس الشيوخ أقرت على فرض الحراسة على الوقف إذا كان أحد المستحقين مديناً مرسراً ، لأنها تضر باقي المستحقين . فأجيب على هذا الاعتراض بأن الحكم ليس إلا تقنياً لما جرت عليه المحاكم المصرية ومطابقة لطلبه بناء على أن الحراسة في هذه الحالة لا يلجأ إليها إلا إذا كانت هي الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين بسببه سوء إدارة الناظر أو سوء نيته . وكانت هناك فكرة ترمى إلى قصر تطبيق هذا النص على الحالة التي تكون فيها حصة المستحق المصر مفرزة بقسمة مهالبة حتى لا يضر باقي المستحقين ، ولكن رؤى الملوك من هذه الفكرة ، من جهة لأن العدالة تقتضي التيسير لأصحاب الحقوق في اقتضاء حقوقهم ، ومن الجهة الثانية لأن في أحكام المشروع الخاصة بتنظيم الرقابة على أعمال الحراس ما يكفل منع الضرر عن باقي المستحقين في حالة وضع الوقف كله تحت الحراسة . وانتهى الرأي في اللجنة إلى قصر الفقرة الثانية على الحالة التي يكون فيها الوقف مديناً ، وإلى أفراد الحالة التي يكون فيها أحد المستحقين مديناً مرسراً بفقرة ثالثة أضيفت إلى النص وقد تضمنت تفصيلاً لم يكن وارداً في النص المقدم من الحكومة ، فجاء فيها أن الحراسة تقع على حصة المستحق المصر وحده إن أمكن فرزها ولو بقسمة مؤقتة ، وإلا فعل الوقف كله رعاية لخلق الدائنين ، وأصبح النص على هذا الوجه مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٧٣١ - ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلت لجنته (مجموعة الأعمال التصحيحية ٥ ص ٢٨١ - ص ٢٨٦) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٩٧ (موافق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٣١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا يشتمل على نصوص في الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل ولكن النص تطبيقاً للقواعد العامة في الحراسة .

فيمكن العمل به في لبنان .

على هذه الأموال ، بل لأن قضايا الحراسة على الأموال الموقوفة قبل إلغاء الوقف الأهلى بلغت من الكثرة حداً جعل لها مكاناً ملحوظاً في نظام الحراسة . فروى أن يوضع لها نص خاص يتناول أهم أحوالها ، حتى يستقر القضاء في شأنها . وليس هذا النص إلا تطبيقاً واضحاً للقاعدة العامة المقررة في الحراسة ، والتي تقضى بأنه حيث يقوم خطر عاجل من بقاء المال تحت يد حائزه ، وهو هنا ناظر الوقف ، جاز وضع هذا المال تحت الحراسة . فالمادة ٧٣١ مدني ليست إذن إلا مجرد تطبيق للفقرة الثانية من المادة ٧٣٠ مدني ، وقد رأينا أن هذا النص الأخير يقضى بفرض الحراسة « إذا كان صاحب المصلحة في منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه » . ولم تتناول المادة ٧٣١ مدني أحوال الحراسة على الأموال الموقوفة على سبيل الحصر ، بل ذكرت أهم الأحوال التي تقع في العمل . وتقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « بلغت قضايا الحراسة على الأموال الموقوفة عدداً لا يحصى ، فاقضى الأمر بوضع نص خاص بها حتى ينتظم شأنها ولا يقع في أمرها تردد . وأكثر ما يكون طلب الحراسة على الوقف إما لخلوه من ناظر أولقيام نزاع في شأن نظارته ، وإما لمديونية الوقف ، أو لمديونية أحد المستحقين فيه ^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية هـ ص ٢٨٣ - وقد حسم نص المادة ٧٣١ مدني خلاف الذي كان موجوداً في عهد التفنين المدني القديم في جواز الحراسة على الأموال الموقوفة . فكان رأى يذهب إلى عدم الجواز إطلاقاً ، لأن في تعيين حارس على الوقف معنى عزل الناظر وهو ما يخرج من اختصاص المحاكم المدنية ، وإذا كان هناك خطر من استمرار الوقف بيد الناظر فإن المحاكم الشرعية بدخل في اختصاصها أن تعين ناظراً مؤقتاً إلى أن يمين الناظر النهائي ، وقد نصت المادة ٣٥٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (قانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١) حل أنه « في حالتي المحكم يعزل ناظر وقت أوصى ناظر إليه ، يجب مؤقتاً إقامة ناظر أو ضم ناظر آخر إلى أن يفصل في الخصومة نهائياً ويتقرر الناظر بالطريق الشرعى » ، وكذلك نصت المادة ٥٣ من قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ على أن « محكمة الصرفات عند إسالة الناظر عليها أو أثناء النظر في موضوع العزل - بعد تمكين الناظر من إيداع دفاعه - أن تقيم على الوقف ناظراً مؤقتاً يقوم بإدارته إلى أن يفصل في أمر العزل نهائياً » (انظر في هذا الرأى : استئناف مخطط أول ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٥ - ٢٧ - ١٤ يولييه سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٨٨ - ٢١ يولييه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٨ - ٥ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٩٥ - ٢٠ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٧٨ - ١٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٣٦ - ٩ يولييه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٢ - ططا الكلية ٢٥ أكتوبر -

سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٤٣ ص ١٧٢ - مصر ١٢ سبتمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٥٥ ص ٤٩ - أول أغسطس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٥٥ ص ٣٥١ - وكان رأى ثان يذهب إلى الجواز في حالات معينة ، ولكن اختلف في تحديد هذه الحالات . ففريق يرى قصر الحراسة القضائية على حالة النزاع في استرداد يد الناظر أو رقبها (استئناف مخطط ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ١٢ - ٢٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٧ - مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤٠ ص ٧٠١ - ٢٥ يولييه سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٦١ ص ٢١٧ - طنطا الكلية ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤ ص ٨١ - بين سوييف الجزئية ٣ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ١٠٤١) ، أما النزاع المقصود به محاسبة الناظر أو مطالبة بما يظهر في ذمته فلا يكون سبباً للحراسة ، ولا يكون سبباً لها وجود دين على الوقف أو على المستحقين (استئناف مصر ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٨ ص ٧٢٠ - استئناف مخطط ١٤ يولييه سنة ١٩٩٩ م ١١ ص ٤٨٨ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢٣) . وفريق آخر يرى بأن الحراسة تجوز لنزاع على إدارة الوقف ، لا لدفع على الوقف أو على أحد المستحقين (استئناف مصر ٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٧٢ ص ٥٤٥ - استئناف مخطط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٨ - ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٣٧) - وذهب رأى ثالث ، وهو الرأى الذى أخذ به التقنين الملى الجديد ، إلى أن الحراسة تجوز في جميع الأحوال التي يقوم فيها خطر عاجل ، سواء قام نزاع على إدارة الوقف أو كان هناك دين على الوقف أو أمر أحد المستحقين (محمد على رشدي فقرة ٢٤٥ - محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص ٩٥٢ في المامش - وفاروق عبد الحكيم فراج فقرة ١٦٠ - فقرة ١٦٣ - وانظر في هذه الآراء المخططة عبد الحكيم فراج فقرة ١٥١ - فقرة ١٦٣ - وقد أقرت محكمة النقض جواز وضع الأعيان الموقوفة تحت الحراسة ، فقضت بأنه لا يوجد في القانون ما يمنع إقامة حارس قضائي على الأعيان الموقوفة ، فإن الحراسة إنما هي من الإجراءات الوقائية التي تقتضيها الضرورة عند قيام الخصومة أمام المحاكم ، وهي لا تمس حقوق المتخاصمين إلا زبناً تنتهي بالخصومة وتقرر حقوق المتخاصمين وتصلح تبعاتهم بالحكم الصادر فيها ، بل أن الضرر الذي قد ينجم عنها لا يمس أصل الحق لأنه مؤقت ، وتقسيمته حوفاً لمن تحمله (نقض مدني أول يولييه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٦ ص ٥٦٦ - وانظر في معنى الرأى الثالث . استئناف مخطط ١٥ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٢٠ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٥٧ - ١٩ يولييه سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٩٥ - ٥ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٣٣ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٩ - فاقوس ١٨ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٦٧ ص ٢٢٥ - مصر مستعجل ٢٣ يولييه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٤٨ ص ٩١٤) .

وقد صدرت من القضاء الوطني والمختلط ، في عهد التقنين الملى القديم ، أحكام عديدة في جواز وضع الحراسة على الوقف : استئناف وطني ٥ مايو سنة ١٨٩٠ المحقوق ١١ ص ٩١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة البرسية ١٠ رقم ٢٥ ص ٥٥ - استئناف مصر ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٧ رقم ١٥١ ص ٢١٠ - مصر مستعجل ٢٣ يولييه سنة ١٩٢٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٤٨ ص ٩١٤ - ١٤ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٠٤ ص ٩٩٧ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٥٧ ص ١١١ - مصر استئناف ٢٥ يولييه سنة ١٩٣١ الحريدة القضائية ٨٤ ص ١٨ - ١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٤٥٥ ص ٩٠٥ - ٢٥ أكتوبر -

ويظهر من عبارة المذكرة الإيضاحية أن الحالات المذكورة في المادة ٧٣١ مدنى هي الحالات الغالبة ، فهي إذن ليست مذكورة على سبيل الحصر . ولا يوجد ما يمنع من وضع الأموال الموقوفة تحت الحراسة القضائية في غير الأحوال التي نصت عليها هذه المادة متى تجمعت أسباب معقولة يخشى معها من بقاء الأموال الموقوفة تحت يد ناظر الوقف تطبيقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٧٣٠ مدنى سالفه الذكر . فيجوز إذن لكل ذى مصلحة أن يطلب وضع الأموال الموقوفة تحت الحراسة القضائية ، إذا وقع نزاع في صحة الوقف ، أو في نفاذه في حق الورثة أو في حق الدائنين ، أو في دخول أعيان مملوكة ضمن الأعيان الموقوفة ، أو في أعيان الوقف كلها أو بعضها ، أو في غير ذلك من الأمور ^(١) .

= سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٨ رقم ٣٤ ص ٨٨ - إسكندرية مستعجل ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٣٧٤ ص ٧٥٩ - بى سويف ٦ أكتوبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٩ ص ١٧٤ - استئناف مخطط ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٩٩ - ١٤ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٩ - ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٩٧ - ٢٧ فبراير سنة ١٠٢ م ١٤ ص ١٦٦ - ١١ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٩ - ١٢ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥٨ - ٩ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٧ - ١٢ يونيو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٤٥ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٨١ - ٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤١ - ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢١٨ - ١١ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٥٧ - ٢٥ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨ - ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩١ - ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤١ - ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٩ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٤٧ - ١٥ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧٩ - ١٤ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٤٩ - ٢ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٤ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٦٣ .

(١) انظر عكس ذلك وأن المادة ٧٣١ مدنى قد أوردت أحوال الحراسة على الأموال الموقوفة على سبيل الحصر : عبد الحكيم فراج فقرة ١٥٨ - فقرة ١٥٩ - ومع ذلك فقد سلم بأنه يجوز الحراسة على الأموال الموقوفة إذا قام نزاع في صحة الوقف بين الورثة الذين حرّمهم الواقعين وبين المستحقين في الوقف ، أو بين هؤلاء المستحقين وبعض آخر إذا كان الرجوع إلى قواعد الميراث غيراً لهم ، أو إذا ملن الدائنون في الوقف بالدعوى البوصلية لصدوره إضراراً بمقتوهم ، ويبرر ذلك بأنه في هذه الحالات « تكون أعيان الوقف عرضة للإهمال وزيعها عرضة للتضياع والتبديد ، ويكون الخطر كبيراً إذا طال أمد التقاضي ، لذلك ترى القضاء يميز الحراسة في مثل هذه الحالات حتى يقضى نهائياً في النزاع » (عبد الحكيم فراج فقرة ١٦٠ - ويشير إلى الأحكام الآتية : استئناف مخطط أول مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٦٢ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٣٣ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٧) . ويسلم أيضاً بجواز وضع الحراسة =

ونبحث الآن الفروض الثلاثة التي نصت عليها المادة ٧٣١ مدني ،
متوخين فيها الإيجاز بعد أن فقدت كثيراً من أهميتها بإلغاء الوقف الأهلي ،

عد على الأموال الموقوفة إذا قام نزاع بين التبر والوقف على ملكية عين من أعيانه ، يدميها مثل الوقف ضمن أعيانه ، ويدميها الغير ملكاً له (انظر في هذا المعنى استئناف مخطط أول مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٦٢) ، ويقول في تبرير ذلك : « لا محل للاعتراض هنا على أن في تعيين الحارس غلايد الناظر في الإدارة ، كما أنه لا محل لقول بورود أحوال الحراسة على الوقف على سبيل الحصر ، لأن محل ذلك أن يكون الوقف غير متنازع في ملكية أعيانه . أما إذا قام نزاع على ملكية الوقف ، أمكن تطبيق النص العام للحراسة الذي يقضى بمجاوز الحراسة إذا قام نزاع في شأن منقول أو عقار أو مجموع من المال » (عبد الحكيم فراج فقرة ١٦١ - قارن محمد على عرفة ص ٥٣٧) .

وانظر في المعنى الذي نقول به من أن أحوال الحراسة على الأموال الموقوفة لم تذكر على سبيل الحصر : محمد على رشدي فقرة ٢٤٥ - ٢٤٣ هامش ٢ - محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص ٩٥٣ في الهامش .

والخصم في دعوى الحراسة هو فاطر الوقف ، ويجوز لأي من المستحقين التبديل إذا اقتضت مصلحة ذلك (استئناف مخطط ٢٢ يولييه ١٩٢٣ م ٤٢ ص ٣٨٩ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٧ - محمد على رشدي فقرة ٢٤٤) - وانظر في عدم جواز أن يكون طالب الحراسة هو الناظر وفي عدم جواز تعيينه حارساً : محمد على رشدي فقرة ٢٥١ .

وإذا استبدلت بعض أعيان الوقف انتقلت الحراسة من المقار القديم إلى المقار الجديد بمجم من القاضي (استئناف مخطط ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٦٢ - ٥ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٩١) - وإذا لم يحدد الحكم مهمة الحارس ، كانت سلطته في الإدارة كتناظر الوقف .

فله أن يحدث بناء في الوقف إذا كانت فيه مصلحة (نفس مدني ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٤ ص ١٨٩) . ولقاضي أن يرخص الحارس في توزيع الحصة الموحدة

على الخيرات (استئناف مخطط ٨ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٣٧) ، وفي تسليم كل مستحق استحقاقه إذا لم يكن فيه نزاع ، وفي تنفيذ الأحكام النهائية بتقرير نفقة موقفة للمستحق

(استئناف مخطط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٨٥) ، وفي أخذ مبلغ من الربع يستعين به على أداء مأموريته (استئناف مخطط ١٠ يولييه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٢٢) - والحارس أن

يعطن بالصورية في عقود الإيجار التي صدرت من الناظر أو من حارس سابق ، ويأخذ الحارس الإذن في التاجر لمدة تزيد على ثلاث سنوات من القاضي الذي عينه حارساً لا من القاضي الشرعي (استئناف

مخطط ٩ يولييه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٢٩) . وإقامة ناظر جديد لا يستتبع سآ انتهاء الحراسة ، فقد يتواطأ الناظر القديم مع المستحقين على إقامة ناظر جديد بقصد إنهاء الحراسة (استئناف مخطط

١٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٣٦) ، وقد يكون سبب الحراسة لا يتأثر بإقامة ناظر جديد كما إذا كان السبب راجعاً إلى عدم فقاذ الوقف في حق الدائنين ، فتجب إعادة النظر كلما تغير الناظر

للبحث فيما إذا جدت ظروف تقتضي رفع الحراسة أو إشراك الناظر الجديد مع الحارس (استئناف مخطط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٧) - انظر في هذه المسائل : محمد على رشدي فقرة ٢٥٢ - فقرة ٢٥٥ - محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص ٩٦٠ - ص ٩٦٢ في الهامش .

فأصبح مجال تطبيقها الآن محدوداً إلى ملهى بعيد في نطاق الوقف الخيري ، وكانت قد بلغت من الدثرة في الماضي حداً استدعى إفراد نص لها .

§ ١ - وضع الحراسة بسبب نظارة الوقف

٤٣٢ - الخالوت التي ترجع إلى هذا السبب : رأينا أن المادة ٧٣١ مدني تعرض لهذه الحالات على الوجه الآتي : « إذا كان الوقف شاغراً ، أو قام نزاع بين نظاره ، أو نزاع بين أشخاص يدعون حق النظر عليه ، أو كانت هناك دعوى مرفوعة بعزل الناظر . وكل هذا إذا تبين أن الحراسة لإجراء لا بد منه للمحافظة على ما قد يكون للنوى الشأن من الحقوق . وتنتهي الحراسة في هذه الأحوال إذا عين ناظر على الوقف ، سواء أكان بصفة مؤقتة أم كان بصفة نهائية » .

ويخلص من هذا النص أن هناك حالات ثلاثاً ترجع إلى نظارة الوقف ، ويمكن فيها فرض الحراسة القضائية .

أولاً - إذا كان الوقف شاغراً أو قام نزاع بين أشخاص يدعون حق النظر عليه : ويشعر الوقف إذا عزل الناظر الذي تولى النظارة أو خرج من الأهلية أو استقال من النظارة أو مات ولم يكن هناك ناظر بعده ، أو قضى بضم ناظر آخر إليه قبل تعيين الناظر المضموم ، أو لم يكن هناك ناظر على الوقف أصلاً منذ البداية . وقد يشعر الوقف وبقى شاغراً مدة ما ، اقيام نزاع بين أشخاص متعددين كل يدعي حق النظر . ففي جميع الصور المتقدمة يكون الوقف دون ناظر يتولى إدارته ، فتجوز إقامة حارس عليه يديره مؤقتاً^(١) ، حتى يتم تعيين ناظر دائم أو ناظر مؤقت ، وعند ذلك تنتهي مهمة الحارس وعليه أن يسلم أعيان الوقف للناظر الدائم أو المؤقت ليتولى إدارتها^(٢) .

ثانياً - إذا كان على الوقف نظار متعددون ، وقام نزاع بينهم في شأن

(١) ويعطى لكل مستحق نصيبه مادام غير متنازع فيه ، كما يعطى لمن حكم له بنفقة من المستحقين نفقته (استئناف مخطوط ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢١١) .

(٢) مصر مستعمل ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٢ الهامة ٢٣ رقم ٥٧ ص ١١١ - ويعود بوجه عام الوقف إلى إدارة الناظر ، إذا زالت الأسباب التي دعت إلى فرض الحراسة (استئناف مخطوط ٥ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٩٥ - ٢٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٥٧) .

إدارته أو في تنفيذ شرط من الشروط المدونة بحجة الوقف أو في غير ذلك من الأمور المعهود بها إليهم مجتمعين . فقد يؤدي هذا النزاع إلى شل حركة الإدارة وينجم عن ذلك قيام خطر عاجل ، ومن ثم يقتضى الأمر إقامة حارس يتولى الإدارة مؤقتاً حتى يفصل في هذا النزاع^(١) . وقد ينازع الناظر القائم شخص آخر يدعى حق النظر ، ويحشى مدعى حق النظر من بقاء أعيان الوقف تحت يد الناظر القائم خطراً عاجلاً ، فيطلب تعيين حارس يتولى إدارة هذه الأعيان مؤقتاً ، حتى يفصل نهائياً فيمن له حق النظر^(٢) .

ثالثاً - إذا كانت هناك دعوى مرفوعة بعزل الناظر : ويمكن في هذه الحالة تعيين ناظر مؤقت يقوم بإدارة الوقف حتى يفصل في دعوى العزل نهائياً^(٣) ، إما برفضها فيعود الناظر إلى إدارة الوقف وتنهى مهمة الناظر المؤقت ، وإما بقبولها وبعزل الناظر فيبقى الناظر المؤقت بعد شتر الوقف إلى أن يعين ناظر دائم بدلاً من الناظر المعزول . ولكن قد تستغرق مع ذلك إجراءات تعيين الناظر المؤقت مدة طويلة يبق في أثناءها الوقف في يد الناظر المطلوب عزله ، وقد يحشى خطر عاجل من بقاء الوقف في يده ، فيطلب ذو المصلحة إقامة حارس على الوقف يتولى إدارته مؤقتاً حتى يعين ناظر مؤقت أو ناظر دائم^(٤) . على أنه إذا ثبت أن بقاء الوقف تحت يد الناظر المطلوب عزله لا لينجم عنه خطر عاجل^(٥) ، أو إذا ثبت أن دعوى العزل ليست جديّة

(١) مصر مستعجل ٩ فبراير سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ٣٨ ص ٩٢ - ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٩ الهامة ٢٠ ص ٨٢٢ .

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ١٦٣ .

(٣) انظر م ٤٥٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وم ٥٣ من قانون أحكام الوقف .
(٤) استئناف مخطوط ٦ يوفيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٢ - ومن أمثلة سوء الإدارة ، الذي يستوجب عزل الناظر مع إقامة حارس في أثناء إجراءات العزل ، ترك الناظر بيان الوقف تتداعى دون أن يصلحها مع وجود غلة في يده تمكنه من ذلك ، أو تأخره في الوفاء بالأموال الأميرية أو بالديون المستحقة ، أو إهماله زراعة الأرض مع عدم تأجيرها ، أو إهماله أعيان الوقف لأشخاص غير مأمورين واقتسامه الأجرة منهم ، أو إهماله المطالبة بحقوق الوقف ، أو تلاعب في الإيرادات والمصروفات (استئناف مخطوط ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٩٧ - ١٢ يوفيه سنة ١٩١٩ م ٣٠ ص ٣٤٥ - محمد علي راتب فقرة ٣٨٢ ص ٩٥٧ في الهامش) .

(٥) فلا يمكن لإقامة حارس أن يكون الناظر قد سبق عزله من وقف آخر مخالفته لشروط الوقف ، إذا لم يكن هناك تعارض بين هذه المخالفة وبين الإدارة الحسنة ، كما إذا بنيت المخالفة -

وقد رفعت خدمة لقضية الحراسة ، فإن طلب إقامة حارس على الوقف لا يكون له محل ويتعين رفضه^(١) . وعلى العكس من ذلك قد يخشى من بقاء الوقف تحت يد الناظر حتى قبل رفع الدعوى بعزله ، فلا يوجد في هذه الحالة ما يمنع من الاتجاه إلى القضاء المستعجل لتعيين حارس على الوقف بتولي إدارته مؤقتاً حتى ترفع دعوى العزل ويفصل فيها على النحو الذي تقدم بيانه^(٢) .

٤٣٣ - إثبات أنه الحارس أجزأه لغيره منه للمحافظة على ما قد

يكونه لنزوى الشأن من الحقوق : وفي جميع الصور التي قلدها يجب على طالب الحراسة أن يثبت أن هناك خطراً عاجلاً من بقاء الوقف شاغراً ، أو من بقاءه تحت يد الناظر القائم ، أو من قيام النزاع بين نظاره المتعديين ، وهذا هو الشرط الواجب توافره في جميع دعاوى الحراسة على ما سبق بيانه : وقد نص المشرع صراحة على هذا الشرط كما رأينا فقال : « وكل هذا إذا تبين أن الحراسة إجراء لا بد منه للمحافظة على ما قد يكون للنزاع من الحقوق »^(٣) . فإذا تبين أن الحراسة إجراء غير ضروري ، كما إذا كان الوقف شاغراً ولكن أعيانه أراض زراعية مؤجرة لمدة طويلة وتعين ناظر دائم أو ناظر موثق أمر وشيك ، أو كان الناظر القائم يؤمن على الأعيان الموقوفة إلى

= على تأجير أعيان الوقف لأجنبي ما يتعارض مع شروط الواقف (مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٥ الحاملة ١٦ رقم ٨٦ ص ٢٠١) .

(١) محمد على رشدي فقرة ٢٤٥ ص ٣٤٤ هامش ٢ .

(٢) انظر عكس ذلك وأنه لا يجوز تعيين حارس إلا إذا كانت دعوى العزل قد رفعت ، بناء على أن الأحوال المخصوص عليها في المادة ٧٣١ منقذ مذكورة على سبيل المحصر : عبد الحكيم فراج فقرة ١٦٤ .

وانظر في الحراسة للنزاع على الاستحقاق ، ولاختلاف النظار على الإدارة ، والنزاع على ملكية أعيان الوقف : محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص ٩٥٨ - ص ٩٦٠ في الهامش .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « في الحالة الأولى يتقدم كل نفي شأن في الوقف أبو في نظارته يطلب وضع الوقف تحت الحراسة إلى أن يتم تعيين ناظر له ، أو يفصل في الخلاف بين النظار أو مدعى النظر على الوقف ، أو يستبدل بالنظر المطلوب عزله فيه غيره . ويشترط في طلب الحراسة أن يكون الإجراء لا بد منه للمحافظة على ما قد يكون للطالب من حقوق » (مجموعة الأعمال التصديرية • ص ٢٨٣) .

أن يفصل في أمر النزاع في شأن نظارته ، فلا محل لتعيين حارس^(١) . ويبقى الوقف شاعراً إلى أن يعين له ناظر دائم أو ناظر مؤقت ، أو يبقى ناظر الوقف قائماً إلى أن يبت في أمره ببقائه أو بتعيين ناظر مؤقت أو ناظر دائم مكانه .

٤٣٤ — ماذا صار إليه وضع الحراسة بسبب نظارة الوقف بعد

إلغاء الوقف المؤقت : بعد صدور التقنين المدني الجديد ، صدر المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ . يقضى بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات . فنصت المادة الأولى منه على أنه « لا يجوز الوقف على غير الخيرات » . ونصت المادة الثانية على أن « يعتبر منبياً كل وقف لا يكون مصرفه في الحال خالصاً لجهة من جهات البر . فإذا كان الواقف قد شرط في وقفه لجهة بر خيرات أو مرتبات دائمة معينة المقدار أو قابلة للتميين مع صرف باقي الربح إلى غير جهات البر ، اعتبر الوقف منبياً فيما عدا حصة شائعة تضمن غلها الوفاء بنفقات تلك الخيرات أو المرتبات . ويتبع في تقدير هذه الحصة وإفرازها أحكام المادة ٤١ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف ، إلا بالنسبة إلى غلة الأقطان الزراعية فتكون غلها هي القيمة التجارية حسباً هي مقفلة بالمرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالإصلاح الزراعي » . ونصت المادة الثالثة على أن « يصبح ما ينهى فيه الوقف على الوجه المبين في المادة السابقة مائلاً للواقف إن كان حياً وكان له حق الرجوع فيه . فإن لم يكن ، آلت الملكية للمستحقين الحاليين كل بقدر حصته في الاستحقاق . وإن كان

(١) وقد قضى بأنه إذا كانت إدارة الناظر نافذة فلا محل للحراسة ، حتى لو نازع المستحقون فيها ، فلا يجوز وضع أعيان الوقف تحت الحراسة لحد كون الناظر أنفق مبالغ على إصلاح أعيانه ، حتى لو نازع المستحقون في ذلك وطلبوا عزله من المحكمة المختصة (استئناف مصر ٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٥٤٥) . وقضى بوجوب توافر الظروف الموجبة ، لانقراض الإدارة من يد المتولى على الوقف وتركيزها في يد خلافة (استئناف مصر ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٨ ص ٧٢٠) . ولقاضي بحث مستندات الطرفين وتحقيق دفاعهما ، والإطلاع على عقود الإيجار وكشوف الحسابات ومستندات المصروفات وتقرير الخبراء وأوراق الدعاوى التي رخصها الناظر المطالبة بحقوق الوقف وأوراق التنفيذ الخاصة بالأحكام الصادرة فيها ، وذلك لمعرفة ما إذا كانت هناك ضرورة تقضى بالتحفظ على أعيان الوقف بإقامة حارس عليها (محمد علي راتب فترة ٣٨٢ ص ٩٥٨ في الماشي) .

الوقف مرتب الطبقات ، آلت الملكية للمستحقين الحاليين والذرية من مات من ذوى الاستحقاق من طبقته كل بقدر حصته أو حصة أصله في الاستحقاق . ويتبع في تعيين تلك الحصة الأحكام المنصوص عليها في المواد ٣٦ و ٣٧ و ٣٨ و ٣٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ سالف الذكر . ونصت المادة الخامسة^(١) على أن « تسرى القواعد المنصوص عليها في المواد السابقة على أموال البذل المدعة خزائن المحاكم ، وعلى ما يكون محتجزاً من صافي ريع الوقف لأغراض المأزرة أو الإصلاح - وتسلم هذه الأموال وكذا الأعيان التي كانت موقوفة إلى مستحقها بناء على طلب أى منهم ، وتكون صفته المستحقة السابقة ونصيبه في الاستحقاق حجة على ناظر الوقف عند مطالبة بالتسليم - وإذا كان في العين حصة موقوفة للخيرات ، اشترك ناظر الوقف مع باقي الملاك في تسليم العين - وإلى أن يتم تسلم هذه الأعيان ، تبقى تحت يد الناظر لحفظها وإدارتها وتكون له صفة الخازن ، وتسرى في جميع الأحوال أحكام الشروع الواردة في المواد من ٨٢٥ إلى ٨٥٠ من القانون المدني مع مراعاة أحكام الفقرة السابقة » .

بقي الوقف على الخيرات . فهذا لم يبلغ ، ولكن القانون رقم ٢٩٦ لسنة ١٩٥٤ اشترط أن يكون النظر عليه لوزارة الأوقاف ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه ، فإذا كانت جهة البر جمعية أو هيئة جاز لوزارة الأوقاف أن تنزل عن النظر لهذه الجمعية أو الهيئة . ولوزارة الأوقاف ، لسبب موجب للعزل ، أن تطلب من المحكمة المختصة عزل الجمعية أو الهيئة عن النظر ، وبعزل أيهما يعود النظر لوزارة . وتقضى المادة الأولى من نفس القانون (رقم ٢٩٦ ١٩٥٤) بأنه إذا كان الوقف ضليل القيمة أو الريع ، أو كان على جهة بر خاصة كمدار ضيافة أو لفقراء الأسرة ، جاز لوزارة الأوقاف أن تنزل عن النظر إلى أحد أفراد أسرة الواقف ، ولا ينفذ النزول إلا بتولية الناظر الجديد . ويتبين من هذه النصوص أن الوقف الأهل لم يعد جائزاً ، وأن الأوقاف الأهلية السابقة قد اعتبرت جميعها منتهية . وقد أصبحت الأوقاف الأهلية أموالاً مملوكة ملكاً حراً للأوقاف أو للمستحقين على الوجه الذى يبيته النصوص

(١) وقد أُنهِت قراءتها الثلاث الأخيرة بالمرسوم بقانون رقم ٢١٢ لسنة ١٩٥٢ .

سابقة الذكر . فلم يعد إذن ، بالنسبة إلى الأوقاف الأهلية وهي تمثل الجزء الأكبر من الأعيان الموقوفة ، نظار وقف . ومن ثم لا يتصور الآن قيام نزاع على نظارة الوقف ، فليس ثمة وقف أهلي شاغل أوتزاع بين نظار متعددين أو نزاع بين من يدعون حق النظر أوناظر وقف يطلب عزله . فزال جميع هذه الأسباب التي كانت تستدعي في بعض الظروف ، قبل إلغاء الوقف الأهلي ، تعيين حارس على الأعيان الموقوفة على النحو الذي سبق بيانه . ولكن تخلف عن إلغاء الأوقاف الأهلية موقف دام بعض الوقت ، فقد رأينا المادة ٥ من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء الوقف الأهلي تنص ، في شأن الأعيان التي كانت موقوفة وقفاً أهلياً ثم أصبحت مملوكة ووجب تسليمها لأصحابها ، على ما يأتي : « . . إلى أن يتم تسليم هذه الأعيان ، تبقى تحت يد الناظر لحفظها وإدارتها وتكون له صفة الحارس ، وتسرى في جميع الأحوال أحكام الشيوخ الواردة في المواد من ٨٢٥ إلى ٨٥٠ من القانون المدني . . . » . فناظر الوقف السابق قد انقلب بحكم هذا النص حارساً على الأعيان التي كانت موقوفة ، يحفظها ويديرها موقفاً إلى أن يتم تسليمها لأصحابها^(١) . وهذا الحارس القانوني يخضع لأحكام الحراسة القضائية . ويترتب على ذلك أنه إذا كان غير أمين أو أساء الإدارة قبل أن تتم إجراءات تسليم الأعيان إلى أصحابها ، جاز طلب عزله واستبدال حارس قضائي به يدير الأعيان إلى أن يتم التسليم^(٢) . ولما كانت هذه الأعيان بعد أن انحل الوقف الأهلي قد أصبحت مملوكة على الشيوخ لأصحابها ، فإن أحكام الشيوخ (م ٨٢٥ - ٨٥٠ مدني) تسرى عليها ، ومن بين هذه الأحكام ما تقضي به المادة ٢/٨٢٨

(١) ولا يجوز أن يعمل ، من وقت أن انقلب حارساً ، إلا بهذه الصفة بعد أن زالت عنه صفة ناظر الوقف . وقد قصت محكمة النقض بأنه إذا كانت الطاعة لم تخاف في الدعوى بصفتها الشخصية ، كما أن صفتها كناظرة وقف قد زالت بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذي أضفى عليها صفة الحراسة على الوقف ، وكان الحكم قد صدر عليها بهذه الصفة الأخيرة ، فإنه لا يقبل منها الطعن بصفتها الشخصية أو بصفتها ناظرة وقف ، ويكون الطعن مقبولا منها بصفتها حارساً على الوقف (نقض مدني ١٢ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦٨ ص ٤٥٥ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤١ ص ٨٣٥ - ٣ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١ ص ١٣) .

(٢) محمد عبد الطيف قرة ٢٩٣ .

مدنى من أن لأغلبية الشركاء فى الشيوخ أن تختار مديراً للإدارة . ولكن ذلك لا يكون ، فيما نرى ، إلا بعد أن يتسلم الشركاء الأعيان من الحارس وهو ناظر الوقف السابق^(١) . على أنه إذا حدث قبل تسليم الأعيان ما يستدعى استبدال حارس آخر بالحارس القانونى على الوجه الذى يبتاه ، فإن القاضى يستأنس برأى الشركاء فى تعيين الحارس الجديد ، وبخاصة إذا رشت الأغلبية شخصاً معيناً ليكون حارساً ولم يوجه إليه مطعن جلى من سائر الشركاء .

أما الوقف الخبرى فهو باق كما قدمنا ، ولكن نظارته تكون فى الأصل لوزارة الأوقاف أو للواقف ، إذ اشترط ذلك لنفسه . ويجوز لوزارة الأوقاف أن تنزل عن النظارة للجمعية أو الهيئة التى هى جهة البر ، أو إلى أحد أفراد أسرة الواقف إذا كان الوقف ضئيل القيمة أو كان على جهة بر خاصة . فيتصور إذن أن تقوم الحراسة القضائية على الوقف الخبرى فى الصور الآتية : (١) إذا طلبت وزارة الأوقاف ، لسبب موجب للعزل ، عزل الجمعية أو الهيئة التى كانت قد نزلت لها عن النظر ، وكانت الظروف تقتضى إقامة حارس قضائى فى أثناء إجراءات العزل . (٢) إذا طلبت وزارة الأوقاف ، لسبب موجب للعزل ، عزل الناظر الذى كانت قد نزلت له عن النظر من بين أفراد أسرة الواقف ، واستدعت الظروف إقامة حارس قضائى حتى يبت فى طلب العزل . (٣) إذا ثبت على وزارة الأوقاف نفسها ما يستوجب عزلها عن نظارة الوقف الخبرى ، فإنه يجوز تعيين حارس قضائى فى أثناء إجراءات العزل إذا استدعت الظروف ذلك^(٢) . (٤) إذا كان الوقف الخبرى حصة شائعة فى عقار^(٣) فأصبحت وزارة الأوقاف ناظرة عليه ، وقام خلاف

(١) قارن محمد عبد الحليم فقرة ٢٩٣ .

(٢) وقد كانت الفقرة الثانية من المادة ٤٦ من مشروع قانون الوقف تنص على ما يأتى : « وإذا كان النظر على الوقف لوزارة الأوقاف أو للأوقاف الملكية ، فلا يجوز تعيين حارس على هذا الوقف » . وقد حلت هذا النص فى لجنة العدل بمجلس الشيوخ ، وصدر القانون خلواً منه ، فجاز إذن قيام الحراسة القضائية حتى لو كان النظر لوزارة الأوقاف (محمد على رشدى ص ٢٤١ هامش ١) .

(٣) وقد رأينا أن هذا يتحقق إذا كان الواقف قد شرط فى وقفه بلعة بر غيرات أو مراتب دائمة مينة المقدار أو قابلة للتعيين مع صرف باقى الريع إلى غير جهات البر ، فيبتر الوقف شياً فيها حصة شائعة تضمن غلبها الوقف . بنقائ تلك الخيرات أو المراتب (٢م) من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإنشاء نظام الوقف الأمل) .

بينها وبين الشركاء في الشيوع على الإدارة ، فقد تقتضى الظروف إقامة حارس على العقار جميعه للمحافظة على حقوق الوقف الحبرى^(١) .

٢٤ - وضع الحراسة بسبب مديونية الوقف

٤٣٥ - متى نوضع الحراسة بسبب مديونية الوقف : قد يستدين ناظر الوقف للصرف على تعبير الوقف وإصلاحه وإدارته ، فيصبح الوقف مديناً . ولما كان لا يجوز للدائن أن ينفذ على أعيان الوقف ، فلا يبقى أمامه إلا أن ينفذ على غلته ، فيحجز على المحصولات أو تحت أيدي المستأجرين . فإذا كان ناظر الوقف بتصرفاته قد أضعف إضعافاً شديداً الوسائل التي يستطيع بها الدائن اقتضاء حقه ، فقام خطر عاجل يبرر فرض الحراسة على أعيان الوقف ، جاز للدائن أن يطلب إقامة حارس على الوقف . وقد صرح بذلك المادة ٧٣١ مدني فيما رأينا ، إذ أجازت الحراسة القضائية على الأموال الموقوفة « إذا كان الوقف مديناً » .

ويمكن إذن تصور فرض الحراسة على الوقف المدين في الحالتين الآتيتين^(٢) :

أولاً - إذا تعمد الناظر أن يضيع على الدائن حقه ، كما إذا بدد المحصول ، أو تواطأ مع مستأجري أعيان الوقف المحجوز تحت أيديهم على الأجرة فدفعهم إلى التقرير كذباً بعدم المديونية أو أعطاهم مخالصة بالأجرة وجعل تاريخها سابقاً على الحجز ، فلم يتمكن الدائن بسبب ذلك من الحصول على حقه .

ثانياً - إذا أساء الناظر الإدارة ، فأهمل مثلاً في زراعة أرض الوقف فلم ينف المحصول بالدين ، أو تأخر في دفع الأموال الأميرية فحجزت الإدارة على المحصول ولم يبق للدائن ما يستوفى به حقه^(٣) .

(١) محمد عبد الحفيظ فقرة ٢٩٥ .

(٢) انظر محمد علي راتب فقرة ٣٨٢ ص ٩٥٤ في المالحش .

(٣) وقد يكون الدين على الواقف نفسه ، فيقف المدين ماله إضراراً بذاته ، ويجوز منه ذلك للدائن المدين في الوقف بالدعوى البولصية ، وفي أثناء إجراءات الدعوى التي قد تطول يجوز له طلب وضع الوقف تحت الحراسة إذا كان هناك خطر عاجل من بقاء العين تحت يد الناظر ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك (انظر آنفاً فقرة ٤٣١ - وانظر محمد علي راتب فقرة ٣٨١ ص ٩٥٢ - ص ٩٥٤ في المالحش) .

٤٣٦ - يَسْتُرْطُ أنه تكوّن الحراسة هي الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع

مفهوم الرأب : وقد كان المشروع التمهيدى للبادة ٧٣١ مدنى يدمج فرض مديونية الوقف مع فرض مديونية المستحق في عبارة واحدة ، فيجيز الحراسة على الأموال الموقوفة « إذا كان الوقف المدين ، أو كان أحد المستحقين معسراً ، وكانت الحراسة في الحالى هي الوسيلة الوحيدة حتى لا يضيع على الدائنين حقوقهم بسبب سوء إدارة الناظر أو سوء نيته » . فكان شرط أن تكون الحراسة هي الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين منصباً على حاجتي مديونية الوقف ومديونية المستحق . ولما انفصلت الحالتان إحداهما عن الأخرى في فقرتين مستقلتين ، في لجنة مجلس الشيوخ ، أغفل سهواً استبقاء الشرط في حالة مديونية الوقف ، وبقي الشرط مذكوراً في حالة مديونية المستحق وانصرفت عبارة « في الحالى » إلى حالة وضع الحراسة على حصة المدين المعسر مفرزة ووضعها على الوقف كله^(١) .

والصحيح أن الشرط واجب في حالة مديونية الوقف وجوبه في حالة مديونية المستحق ، وإذا فات ذكره صراحة في حالة مديونية الوقف فهو مستخلص من القواعد العامة المقررة في دعاوى الحراسة . فيجب أن تكون الحراسة هي الوسيلة الوحيدة للحصول دائن الوقف على حقه . فإذا فاته الحجز تحت أبدي المستأجرين ولكن أمكن أن يستوفى حقه من الحجز على المحصولات ، أو بدد الناظر المحصولات ولكن أمكن الدائن أن يحجز تحت أبدي المستأجرين فيستوفى حقه ، فلا محل عند ذلك لفرض الحراسة على أعيان الوقف^(٢) .

٤٣٧ - ماذا صار إليه وضع الحراسة بسبب مديونية الوقف بهر

إلغاء الوقف المؤهل : قلنا أن الوقف الأهل قد أُلغى ، ولكن الوقف الجبرى ببق قائماً .

(١) انظر كلفاً فقرة ٤٣٠ في المالحش .

(٢) استئناف مخطوط ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ١٢ - ٢٧ مايو سنة ١٩٢٥

م ٣٧ ص ٤٥٧ - إسكندرية سنبل ١٠ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٤ ص ٧٥٩ - محمل

رأب فقرة ٣٨٢ ص ٩٥٤ في المالحش .

ففي الوقف الخيري يبقى إذن حق دائن الوقف في طلب الحراسة على الأعيان الموقوفة على ما هو عليه ، ويبقى ما قررناه في هذا الشأن صحيحاً منطبقاً على الوقف الخيري .

أما الوقف الأهلي فقد أصبح ملكاً حراً كما سبق القول . ولكن لما كان دائن الوقف لم يتعلق حقه إلا بغلة الوقف دون أعيانه ، فقد صدر المرسوم بقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ يضيف مادة جديدة إلى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء الوقف الأهلي هي المادة ٥ مكررة ، وقد جاء في إحدى فقراتها ما يأتي : « ويجوز لمن كانوا دائنين للوقف ذاته أن ينفذوا حقوقهم على ريع أعيانه ويتقدمون في ذلك على دائني الأشخاص الذين آلت إليهم ملكية تلك الأعيان ، كما يكون لهم إذا شهبوا حقوقهم خلال سنة وفقاً لإجراءات شهر حق الإرث أن ينفذوا على ريع تلك الأعيان تحت أى يد كانت » . فيكون إذن لدائن الوقف ، بعد أن انحل الوقف الأهلي ، أن ينفذ ، لا على الأعيان التي أصبحت حرة ، بل على ريع هذه الأعيان كما كان الأمر عند قيام الوقف الأهلي ، وبذلك يبقى دائن الوقف على حاله دون أن يسوء مركزه أو يتحسن . وله ، في تنفيذه على الريع ، حق التقدم على دائني الشخص الذي آلت إليه ملكية العين الموقوفة ، فإنه يجب اعتبار أن هذه الملكية قد آلت إليه مثقلة بالدين . وله أيضاً حق التمتع إذا انتقلت ملكية العين إلى أجنبي ، فبعد انتقلت الملكية مثقلة بالدين ، ومن ثم ينفذ على الريع تحت يد من انتقلت إليه الملكية بشرط أن يشهر حقه خلال سنة وفقاً لإجراءات شهر حق الإرث . وبهذا ينقلب الحق الشخصي لدائن الوقف إلى حق عيني ، يقع على ريع العين دون ملكيتها . ولما كان حق الدائن مقصوراً على الريع ، فمن الحائز أن يعتمد المالك تقويت الدائن حقه ، أو يسوء الإدارة ، فيجوز عندئذ للدائن أن يطلب فرض الحراسة القضائية على العين ، التي أصبحت ملكاً ، في نفس الحالتين اللتين كان يجوز له أن يطلب فيهما فرض الحراسة القضائية عندما كانت العين وفقاً .

§ ٣ - وضع الحراسة بسبب مديونية المستحق

٤٣٨ - متى نوضع الحراسة بسبب مديونية المستحق : وقد يكون المدين ليس هو الوقف ذاته ، بل أحد المستحقين في الوقف . والأصل أن دائن هذا المستحق يستطيع أن يتخذ على أموال مديته الشخصية ، ويدخل فيها استحقاقه في الوقف . فيجوز للدائن إذن أن يحجز تحت يد ناظر الوقف على استحقاق مديته لاستيفاء حقه . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما فى الحالة الثانية ، فالسبيل الطبيعى لحصول الدائنين على حقوقهم إنما هو توقيع الحجز تحت يد ناظر الوقف . لكن إذا كان الناظر سبب الإدارة أو سبب اللقمة ، كانت للدائنين مصلحة فى أن يستبدلوا به غيره فى إدارة الوقف حتى يفيض من الغلة ما يفي بديونهم فى أقرب وقت . وكذلك إذا كان الناظر سبب التبة ، ينحى عن الدائنين حقيقة إيراد الوقف أو نصيب المستحق المدين ، فإن مصلحة الدائنين تقتضيهم أن يطلبوا وضع الوقف تحت يد حارس أمين يقوم بوفاء ديونهم من صافى غلة الوقف » (١) . ولذلك أجازت المادة ٧٣١ مدنى الحراسة القضائية على الأموال

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٨٣ .

فقد يستعين مستحق فى الوقف ، سواء كان الناظر نفسه أو غيره من المستحقين فيحجز الدائن تحت يد الناظر على استحقاق المدين ، فيعواضاً الناظر مع المستحق المدين ويقرر غشاً بعدم وجود استحقاق تحت يده أولاً يودع شيئاً ويستمر فى وفاء الاستحقاق إلى المستحق ، أو يكون الحجز عديم الفائدة لأن الناظر الذى وقع الحجز تحت يده هو نفس المستحق المدين . ولا يستطيع الدائن من جهة أخرى توقيع الحجز التنفيذى على زراعة الوقف لأنها غير مملوكة للمستحق المدين ، ولا توقيع الحجز تحت يد مستأجرى الوقف لأن هؤلاء مدينون للوقف لا للمستحق المدين (انظر فى كل ذلك وفى أحكام القضاء فى هذا الشأن محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص ٩٥٤ - ص ٩٥٥ فى المباحث) - وقد قضت محكمة النقض بأن تعيين حارس قضائى على أمان وقف هو الوسيلة الوحيدة لتنفيذ حكم بدين على ناظر الوقف الذى لا مال ظاهر له سوى حصته التى يستحقها فى ريع هذا الوقف ، لأن الحجز تحت يد الناظر نفسه غير مفيد ، والحجز التنفيذى المباشر على غلة الوقف غير جائز لا هو ولا الحجز تحت يد مستأجرى أعيانه . ومادامت هذه الوسيلة متعلقة بالتنفيذ وهى وسيلة مستعجلة ، فهى بمقتضى نص المادة ٢٨ مرافعات (قديم) مما يدخل فى اختصاص قاضى المواد المستعجلة ، ولا يسلب الاختصاص الادعاء لديه بأن الاستحقاق فى الوقف قد آل إلى شخص غير المدين - كانت هذه الأيلولة متنازعاً فى مصحتها - نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ وتم ٣١٠ ص ٩٩٨) .

الموقوفة « إذا كان أحد المستحقين مديناً معسراً » (١) والمقصود بالمدين المعسر هنا ألا يكون للمستحق ، غير استحقاقه في الوقف ، مال يبي بالدين . فإذا كان له مال غير استحقاقه في الوقف يكفي لوفاء الدين ، لم يكن هناك مقتضى لفرض الحراسة على الوقف . أما إذا لم يكن له مال غير استحقاقه في الوقف ، أو كان له مال ولكنه لا يكفي لوفاء الدين ، فإن الحراسة على الوقف تكون جائزة حتى يتمكن الدائن من استيفاء حقه كاملاً ، حتى لو لم يكن المدين معسراً إذا أدخلنا في الاعتبار استحقاقه في الوقف بأن كان ماله - داخلاً فيه استحقاقه في الوقف - يكفي لوفاء ديونه . فالإعصار هنا له معنى خاص ، هو أن يكون مال المستحق الخارج عن استحقاقه في الوقف لا يكفي لوفاء دينه (٢) .

(١) وقد حصر هذا النص الخلاف الذي كان قائماً في عهد التتئين المدنى القديم . فكانت بعض الأحكام ترفض وضع الحراسة على الوقف لمديونية أحد المستحقين فيه (استئناف مصر ٢٥ يولييه سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٢١٦ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ ص ٧٢٠) . وينطبق يشترط أن يكون المستحق المدين هو ناظر الوقف نفسه ، ويجب في هذه الحالة أن يبدأ الدائن بالحجز تحت يد الناظر المدين ، فإن لم يجد ذلك لجأ إلى الحراسة (استئناف مخطط ١٣ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٢ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٦) ، وليس من الضروري أن تبقى الحراسة حتى يستوفى الدائن كل حقه (استئناف مخطط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٧) . ولكن للرأى الغالب كان يميز الحراسة على الوقف لمديونية أحد المستحقين ، وبهذا الرأى أخذت محكمة النقض وكثير من أحكام محكمة الاستئناف المختلطة (نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٠ ص ٩٩٨ . أول يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٦ ص ٥٨٦ - استئناف مخطط ١٠ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٥ - ٢٥ يولييه سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٠ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٦٠ - ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٩ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٨ - ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٨٤ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٦٧) . وهذا الرأى الغالب هو الذى أخذ به التتئين المدنى الجديد رفته في نصوصه (انظر محمد على رشدى بقرة ٢٤٦ - بقرة ٢٥٠) .

(٢) محمد على رشدى بقرة ٢٤٩ - وانظر عكس ذلك وأن المدين للمسر هو المدين الذى . حكم بشهر إصااره : عبد الحكيم فراج بقرة ١٦٨ .

هذا وقد ينص كتاب الوقف على حرمان المستحق من استحقاقه إذا استدان ، وهذا الشرط صحيح ، وإذا استدان المستحق حرم من استحقاقه ، ومن ثم لا يجوز لدائن طلب وضع الحراسة على الوقف ، حتى لو اتفق المستحقون على عدم التمسك بهذا الحرمان (استئناف مخطط ١٥ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٧١ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٢٦ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٧ - مصر مستعجل ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ ص ٩١١ - وانظر عكس =

٤٣٩ - يشترط أنه تكون الحراسة هي الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق

الدائنين :^(١) وتقول المادة ٧٣١ مدني في صدد وضع الحراسة على الأموال الموقوفة إذا كان أحد المستحقين مديناً معسراً : « وتكون الحراسة على حصته وحدها إن أمكن فرزها ولو بقسمة مؤقتة ، وإلا فعلى الوقف كله . ويشترط أن تكون الحراسة في الحالين هي الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين بسبب سوء إدارة الناظر أو سوء نيته » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وقد جرت الأحكام في هذه الحالة على أن يكونوا (الدائنين) قد سلكوا السبيل الطبيعى مع ناظر الوقف للحصول على ديونهم ، فلم يجد ذلك السبيل فتبلا ، حتى تبدل الحراسة للمحكمة أنها الوسيلة الوحيدة للحصول الدائنين على حقوقهم ، فتحكم بها »^(٢) .

فيجب إذن أن تكون الحراسة هي الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين . فلو كان للمستحق المدين مال غير استحقاقه في الوقف يكنى لوفاء الدين ، لم يجوز وضع الوقف تحت الحراسة ، حتى لو كان الناظر سيئ النية أو سيئ الإدارة ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك . ولو استطاع الدائن المحجز تحت يد الناظر على استحقاق مدينه ، وكان ماحجز عليه كافياً لوفاء الدين ، لما جاز هنا أيضاً اللجوء عن هذا الطريق الطبيعى لاقتضاء الدائن حقه إلى طريق استثنائى هو فرض الحراسة على الوقف ، وهو طريق لا يجوز الالتجاء إليه إلا عند الضرورة القصوى^(٣) .

= ذلك وأنه يجوز للمستحقين أن يتفقوا على عدم التمسك بالحرمات إكستردية ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ الحاماة ١٨ ص ١٠٨٧ .) . ولكن يجوز للدائن أن يتنازع في مدلول شرط الحرمان ، وله أن يثبت أن الناظر والمتسحق قد تواطأ على استصدار حكم بالحرمان بغير حق إصراراً به (محمد على رشدي فقرة ٢٥٠) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٢ - ص ٢٨٤ .

(٢) نقض مدني ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٠ ص ٩٩٨ - استئناف غنظل ٢ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٣٣ - ١٣ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٢ - ولا يوجد ما يمنع من تعيين ناظر الوقف نفسه حارساً على نصيب المستحق للدين ، إذا ثبت أنه يردع هذا النصيب كاملاً خزائن المحكمة (استئناف غنظل ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٢٥) ، إذ أن الواجب لإداعه خزائن المحكمة هو نصيب المستحق المدين وحده (استئناف غنظل ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٢) .

ومتى قامت الضرورة لفرض الحراسة على الوقف على النحو المتقدم الذكر ، فإن الواجب أولاً أن تفرز حصة المستحق المدين إذا أمكن ذلك ، ولو كان هذا عن طريق قسمة موقفة ، وفي هذه الحالة تفرض الحراسة على هذه الحصة وحدها^(١) . فإذا لم يمكن فرر حصة المستحق ، ولو عن طريق القسمة الموقفة ، لم يكن هناك مناص من وضع الوقف كله تحت الحراسة ، ويتولى الحارس إدارته بدلاً من الناظر سبيئ التبة أو سبيئ الإدارة ، ويتولى المستحقين في الوقف استحقاقهم ، ويعطى استحقاق المستحق المدين لدائته بمقدار ما يفي بالدين . ويتحمل المستحق المدين وحده ، دون سائر المستحقين ، مصروفات الحراسة^(٢) .

٤٤٠ - ماذا صار إليه وضع الحراسة بسبب مبرونية السقوط بعد

إلغاء الوقف الأهلي : في الوقف الخيري الذي بقي قائماً لأجل لوضع الحراسة ، لأن هذا الوقف ليس فيه مستحقون ، بل هو مرصداً لجهة بر وهذه لا تستبدل ، والذي يستبدل هو الوقف نفسه .

أما الوقف الأهلي فكان مقتضى إلغائه أن المستحق المدين ، بعد أن أصبح مالكا لحصته في الوقف ، يكون معرضاً لتنفيذ دائته عليها لا في الربيع فصحب بل في الملكية ذاتها . ولم يكن للباقي هذا الحق عندما كانت العين موقوفة . وبذلك انقلب حل الوقف وبالأعلى المستحق ، بعد أن كان المقصود به رعايته . وقد استدعى ذلك صلور المرسوم بقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ يضيف إلى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الخاص بحل الوقف الأهلي مادة جديدة هي المادة ٥ مكررة ، جاء في فقراتها المتعلقة فيما نحن بصدده ما يأتي : ولا يجوز اتخاذ إجراءات التنفيذ على ما ينتهي فيه الوقف ضد الأشخاص الذين تؤول إليهم ملكية أعيانه طبقاً للمواد السابقة ، وذلك عن الديون السابقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون . وكذلك تظل أحكام القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٤ ،

(١) حتى لو لم يفرغ رأي الدائن في القسمة مادام لم يثبت أن ربع الحصة المفرزة أقل من حصة المستحق المدين في غلة الوقف (استئناف مخطط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٠) .
(٢) استئناف مخطط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٧ - ٢٢ يولي سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٩ .

الخاص بعدم جواز الحجز أو النزول عما يخص المستحقين في الأوقاف الأهلية إلا في حدود معينة، سارية على ريع الأعيان التي يبنى فيها الوقف، وذلك بالنسبة إلى الأشخاص الذين تؤول إليهم ملكية هذه الأعيان طبقاً للمواد السابقة، متى كانت الديون المحجوزة من أجلها أو المتنازل عنها سابقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون - فإذا كان الدائن قد حول إليه استحقاق مدينته في الوقف ضماناً لدينه، فإن له إذا شهر حقه خلال سنة وفقاً لإجراءات شه حق الإرث أن ينفذ على نصيب مدينته في ريع تلك الأطنان وينفس المرتبة التي كانت له من قبل وتحت أى يد كانت هذه الأعيان، وذلك استيفاء لدينه في الحدود المعينة بالقانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٤ سالف الذكر، ويقي للدائن هذا الحق مادام مدينته على قيد الحياة». وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ ما يأتي: « لوحظ أن المستحقين في الأوقاف كانوا يتمتعون من قبل صدور المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بحماية القانون، سواء بالنسبة إلى أعيان الوقف إذ كان محظوراً على الدائنين اتخاذ إجراءات التنفيذ عليها، أو بالنسبة إلى غلة الوقف إذ قد نص القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٤ على عدم جواز الحجز عليها أو النزول عنها إلا في حدود معينة. وقد ترتب على زوال صفة وقف حرمان المستحق من حماية القانون في هاتين الناحيتين. ولما كان هذا الأمر يقتضي سرعة تدخل الشرع لحمايتهم، ولما انقلب التشريع أداة لإضرارهم ووسيلة لتمكين دائنيهم منهم بتحويلهم حقوقاً لم تكن لهم من قبل، فقد روي لذلك إضافة حكم جديد يقضى باستمرار هذه الحماية. فنص على أنه لا يجوز التنفيذ على ما يبنى فيه الوقف ضد الأشخاص الذين يؤول إليهم ملكية أعيانهم، كما نص على استمرار أحكام القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٤ الخاص بعدم جواز الحجز أو النزول عما يخص المستحقين في الأوقاف الأهلية بالنسبة إلى هؤلاء الأشخاص، وهذا كله مشروط بكون الديون سابقة على تاريخ العمل بأحكام المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢. والمقصود بكلمة الريع الواردة بالمشروع هو ثمة العين، سواء كانت أجرة أو غلة أو غير ذلك. وقد نص المشروع على حماية الدائنين الذين كانت حولت لهم استحقاقات مدينهم في الأوقاف ضماناً لديونهم، فأبقيت لهم هذه الضمانات. فنص المشروع على أنه إذا كان الدائن

قد حول إليه امتحاق مدينه في الوقف ضمنا لدننه ، فإن له إذا شهرحه خلال سنة وفقاً لإجراءات شهر حتى الإرث أن ينفذ على نصيب مدينه في ربع تلك الأعيان بنفس المرتبة التي كانت له من قبل ونحت أى يد كانت هذه الأعيان ، وذلك استيفاء لدننه في الحدود المعينة بالقانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٤ ، ويبنى للدائن هذا الحق مادام مدينه على قيد الحياة .

ويخلص مما تقدم أنه في ديون المستحق يجب التمييز بين الديون اللاحقة على تاريخ العمل بقانون حل الوقف الأهلي ، والديون السابقة على هذا القانون . فأصحاب الديون اللاحقة يستطيعون التنفيذ على الأعيان التي كانت موقوفة وأصبحت ملكاً لمدينهم دون قيد ، ومن ثم لا يحتاجون في الغالب إلى وضع هذه الأعيان تحت الحراسة ، وإذا احتاجوا إلى ذلك في الحدود التي يستطيع فيها أى دائن وضع أموال مدينه تحت الحراسة وقد تقدم بيان ذلك (١) ، أما أصحاب الديون السابقة ، فقد رأينا من النصوص سالفة الذكر أنهم لا يستطيعون التنفيذ على الأعيان ، ويقتصر حقهم على التنفيذ على ريعها في الحدود التي كان يجوز فيها الحجز على الربيع أو الزول عنه . ومن ثم تقوم الحاجة إلى وضع هذه الأعيان تحت الحراسة ، إذا عمد المدين إلى تبديد ريعها أو أساء إدارتها بحيث يعرض حتى الدائن لخطر عاجل . فيكون للدائن في هذه الحالة وضع الأعيان تحت الحراسة ، ويقوم الجارس بإدارتها وسداد الدين من ريعها ، متى كانت هذه هي الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائن بسبب سوء الإدارة أو سوء النية (٢) .

المبحث الثاني

دعوى الحراسة القضائية وتعيين الجارس القضائي

١٨ - الاختصاص في دعوى الحراسة القضائية

٤٤١ - الرواية في دعوى الحراسة القضائية : كانت الولاية (Jurisdiction)

(١) انظر آتياً فقرة ٤٢٨ .

(٢) انظر في هذا المسألة محمد عبد الحليم فقرة ٢٩٢ ويشير إلى حكم صدر من مصر مستعمل

١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ قضية رقم ١٩٧٧ ص ١٩٥٢ .

فى دعوى الحراسة القضائية^(١) تتنازعها جهات قضائية أربع :
القضاء الوطنى والقضاء المختلط والقضاء الشرعى والقضاء الإدارى . وقد
ألغى القضاء المختلط^(٢) ، وأدجت ولاية القضاء الشرعى فى ولاية القضاء
الوطنى^(٣) ، فأصبحت الولاية الآن تتنازعها جهتان قضائيتان : القضاء العام
والقضاء الإدارى .

والقضاء العام هو الذى له الولاية فى الأصل فى دعوى الحراسة . ولكن
هذا القضاء لا ولاية له فى إلغاء أمر إدارى أو فى وقفه أو فى تأويله^(٤) . فإذا
صدر أمر إدارى من جهة إدارية مختصة ، لم يكن للقضاء العام ولاية فى وقف
تنفيذ هذا الأمر ولو عن طريق فرض الحراسة القضائية ، إذ من شأن الحراسة
أن تقف تنفيذ الأمر . والقضاء الإدارى وحده هو الذى له الولاية فى وقف
تنفيذ الأمر الإدارى وفى إلغائه . ويخلص من ذلك أن القضاء العام لا يجوز له
فرض الحراسة القضائية وتعيين حارس قضائى . وإذا كان ذلك من شأنه أن
يعطل تنفيذ أمر إدارى . فإذا أعطت الإدارة أحد الأفراد ترخيصاً بالحفر
بالتفتيش عن الآثار فاكتشف مقبرة أثرية ، ثم أصدرت الإدارة أمراً
بإلغاء الترخيص لمخالفة الشروط المبدونة فيه ، فإن القضاء العام لا ولاية له
فى تعيين حارس على المقبرة إذا وقع نزاع بين الإدارة والمرخص له فى الحفر

(١) ويسبق ذلك الاختصاص للدولى فى دعوى الحراسة ، وهو من مباحث القانون الدولى
المخاص . انظر فى هذه المسألة عبد الحكيم فراج فقرة ٣٢٧ - فقرة ٣٤١ - محمد على راتب
فقرة ٣١٣ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحراسة التى تقضى بها المحاكم المصرية على
تركة لا تمتد إلى العقارات الموجودة بالخارج (استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣
ص ١١٣) .

(٢) أنظر فى ولاية القضاء المختلط فى دعوى الحراسة عندما كان هذا القضاء قائماً :
عبد الحكيم فراج الطبعة الأولى فقرة ٢٠٢ - فقرة ٢٢٣ .

(٣) انظر فى ولاية القضاء الشرعى (هيئة التصرفات) فى إقامة ناظر مؤقت على الوقت
عندما كان هذا القضاء قائماً : عبد الحكيم فراج فقرة ٣١٣ - فقرة ٣١٥ - محمد على عرفة
ص ٥٣٩ - ص ٥٤٢ .

(٤) كذلك لا ولاية له فى العقود الإدارية ، فلا يجوز أن يقيم حارساً قضائياً فى حدد نزاع
يتمتع بمقد إدارى (محمد على راتب فقرة ٣١٤ ص ٨١٢ - ص ٨١٤ - محمد عبد الطيف
فقرة ٢٨ .

انتهى إلى أن استولت الإدارة على الحفائر لإتمام عملية الحفر بنفسها ، وبذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة^(١) .

ويتفرع على ذلك أن المرافق العامة التي تديرها الدولة إدارة مباشرة (Régie) ، كالسكك الحديدية والبريد والتلغراف والتليفون ، لا تجوز إقامة حارس قضائي عليها ، لأن ذلك من شأنه تعطيل تنفيذ الأوامر الإدارية التي تدار بها هذه المرافق^(٢) .

أما إذا كان المرفق العام يدار بطريق الالتزام (concession) ، كما إذا أديرت مرافق النور والغاز والمياه والنقل عن طريق شركات خاصة ، فإن العلاقة بين الملتزم وعميل المرفق العام تكون علاقة مدنية ، ومن ثم يجوز للقضاء العام إقامة حارس قضائي على هذه الشركات إذا توافرت شروط الحراسة ، وليس في إقامة الحراسة في هذه الحالة ما يعطل تنفيذ الأوامر الإدارية ، إذ أن القرارات التي تصدرها هذه الشركات لإدارة المرافق العامة التي تلزمها لا تعتبر أوامر إدارية ، بل هي قرارات خاصة تخضع خضوعاً كاملاً لرقابة القضاء العام ، ولهذا القضاء الولاية في إلغائها وفي وقف تنفيذها ولو عن طريق فرض الحراسة القضائية^(٣) .

٤٤٢ — عدم قيام الوظيفة الوظيفية في دعوى الحراسة : وإذ تقرّر أن القضاء العام هو الذي له في الأصل الولاية في دعوى الحراسة ولا تتقدم ولايته إلا إذا كان هناك أمر إداري يكون من شأن الحراسة وقف تنفيذه ، فإن الوظيفة الولاية (juridiction gracieuse) لهذا القضاء لا تقوم في دعوى

(١) استئناف مخطوط ٢ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٩٣ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣١٧ - محمد علي راتب فقرة ٣١٤ ص ٨١٤ هامش ٢ - محمد عبد الحليف فقرة ٢٩ .

(٢) فإذا امتنت مصلحة التلغرافات من قبول اشتراك أحد الأفراد أو قطعت عنه المواصلات ، لم يجوز للقضاء العام تعيين حارس قضائي لإجراء المواصلات أو لإعادتها (عبد الحكيم فراج فقرة ٣٢٠ - وقارن محمد علي رشدي فقرة ٢٥٩ - استئناف مخطوط ٨ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦١) .

(٣) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٢٥ - محمد عبد الحليف فقرة ٣٠ - ويتفرع على ذلك أن الملكة الوفقة الخاصة يجوز وضعها تحت الحراسة القضائية ، لأنها لا تدار بأوامر إدارية بل بقرارات تخضع خضوعاً تاماً للقضاء العام لا للقضاء الإداري (عبد الحكيم فراج فقرة ٢٢٦) -

الحراسة ، بل الذى يقوم هو الوظيفة القضائية (jurisdiction contentieuse) .
ذلك أن دعوى الحراسة هي دعوى قضائية ، وهي خصومة تنعقد عن طريق
الإجراءات المعتادة للدعوى ، لاعتن طريق الأمر على عريضة .

وليس في نص المادة ٧٣٠ مدني ما يتعارض مع ذلك ، فقد جاء في صدر
هذه المادة : « يجوز للقضاء أن يأمر بالحراسة » . والمقصود بالقضاء هنا
المحكمة ، كما أن المقصود بعبارة « أن يأمر بالحراسة » هو « أن يحكم بالحراسة » ،
ويقطع في أن القضاء بالحراسة هو حكم قضائي لا أمر على عريضة أن النص
صريح ، سواء في الحكم القاضي بالحراسة أو في الحكم القاضي بانتهائها ،
في أن الذى يصدر هو حكم قضائي لا أمر على عريضة . فتص المادة ٧٣٣
مدني على أن « يحدد الاتفاق أو الحكم القاضي بالحراسة ما على الحارس من
الزامات وما له من حقوق وسلطة » . وتنص الفقرة الأولى من المادة ٧٣٨
مدني على أن « تنتهى الحراسة باتفاق ذوى الشأن جميعاً أو بحكم القضاء » .
وقد كان نص التقنين المدنى القديم صريحاً أيضاً في ذلك ، إذا كانت المادة
١٤٩١/٦٠٠ من هذا التقنين تنص على أن « للمحكمة أن تعين حارساً أو حافظاً
للأشياء المتنازع فيها أو الموضوعة تحت يد القضاء ، كما يجوز أن تعين لذلك
أحد الأشخاص المترافعين » (١) .

ولمى جانب النصوص التشريعية تقوم طبيعة الحراسة القضائية شاهداً على

(١) وقد جاء هذا النص في التقنين المدنى القديم حامياً للخلاف الذى كان موجوداً في القانون
الفرنسي ، إذ كان هناك رأى يلحظ إلى جواز تعيين الحارس القضائي بأمر على عريضة (باريس
٢٥ أبريل سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٤ - ٢ - ٢٠٥ - كان ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٤ -
٢ - ١٦٧) ، ونذهب رأى آخر إلى تعيين الحارس القضائي بأمر على عريضة في الحالات التي لا يوجد
فيها نزاع (ليون ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٨٠ دالوز ٨٢ - ٢ - ٨٨) . ولكن الرأى الذى رجح في النسخة
والقضاء الفرنسيين هو أن يكون تعيين الحارس القضائي بحكم قضائي سبب لا بأمر على عريضة
(جيبوار فقرة ١٧٩ - هيك فقرة ٢٧٨ - نقض فرنسي ٢٣ يناير سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ -
١ - ٢٥ - باريس ٦ يناير سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ٢ - ٢٧ - ٤ مايو سنة ١٨٦٧ دالوز
٦٧ - ٢ - ١٥٩ - قلبي ٢٥ فبراير سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٦ - ٢ - ٢١٣) .
وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأن طلب تعيين الحارس القضائي وإن يكن من الأعمال الصلحية ،
ولكن القانون نص على أنه من اختصاص المحكمة الفصل فيه (مصر الوطنية ٢ يولي ١٩٠٤
الاستقلال ٣ ص ٢٧١) . وانظر استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢١٣ -
٧ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٤٨ - ١٢ يولي سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٢٢ .

ما تقدم . فالحراسة القضائية لإجراء قضائي بطبيعته ، يقتضى إعلان الخصوم للحضور في جلسة علنية ومناقشتهم وسماع أقوال طالب الحراسة والخصم الموجه ضده هذا الإجراء . فليست الحراسة القضائية لإجراء تحفظياً بحثاً كالحجز التحفظي ، ومهمة الحارس القضائي لا تقتصر على مجرد القيام بأعمال تحفظية بل تمتد إلى أعمال الإدارة وقد تجاوز ذلك إلى أعمال التصرف . والحراسة نزع للمال من تحت يد حائزه وتسليمه إلى الحارس يحفظه ويديره ، فهي إجراء خطير يقتضى سماع أقوال طرفي الخصومة فيه بعد إعلانهم للحضور ، ويصدر فيه حكم مسبب . ومن ثم وجب أن تنبع فيها الإجراءات المعتادة للدعوى ، لا إجراءات الأمر على عريضة حيث لا تسمع أقوال الخصوم ولا تعقد جلسة علنية ويكتفى بالعريضة التي يقدمها طالب الأمر لقاضي الأمور الوقتية . فيجب إذن رفع الدعوى بطلب الحراسة القضائية وفقاً للإجراءات المقررة في رفع الدعاوى ، وذلك ما لم ينص القانون صراحة على أن يكون ذلك بأمر على عريضة كما فعل في المادة ٩٤١ مرافعات وهي تقول : « إلى أن يصدر القرار بتثبيت منفذ الوصية ، يجوز له أن يطلب من المحكمة أن تأمر على وجه الاستعجال بتسليمه أموال التركة باعتباره مديراً مؤقتاً . ويجوز له أن يطلب تسليمه هذه الأموال بانصت المذكورة بأمر يصدر من قاضي الأمور الوقتية على عريضة . إذا لم يكن طلب تثبيته قد رفع إلى المحكمة »^(١) .

ووجوب أن يكون طلب الحراسة القضائية بطريق رفع الدعوى وانعقاد الخصومة القضائية ، لا بطريق الأمر على عريضة ، هو المعمول به في عهد التقنينين القديم والجديد^(٢) .

٤٤٣ — اختصاص النوعي — القضاء المستعجل وحكمة الموضوع :
ومتي تقرر في الحراسة القضائية وجوب رفع دعوى بطلبها ، فإن المحكمة المختصة اختصاصاً نوعياً بنظر هذه الدعوى هي إحدى محكمتين^(٣) :

أولاً — القضاء المستعجل : وهو يقوم بوظيفة قضائية لأبوظيفة ولائية ،

(١) انظر آتياً فقرة ٤٢٢ .

(٢) انظر في هذا المعنى عبد الحكيم فراج فقرة ٢٨٩ - فقرة ٢٩١ .

(٣) استئناف غنط ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٩ .

ويسمع كلا من طرفي الخصومة يدلي بحججه معارضاً بها حجج الطرف الآخر ، ويصلو حكماً مسيئاً يجوز الطعن فيه . ولما كانت الحراسة كما قدمنا إجراء مؤقتاً مستعجلاً لا تمس أصل الحق ، وكان القضاء المستعجل هو الذي تختص بهذه الإجراءات المؤقتة المستعجلة التي لا تمس أصل الحق ، لذلك كانت المحكمة المختصة اختصاصاً طبيعياً بنظر دعوى الحراسة هي محكمة القضاء المستعجل . فترفع هذه الدعوى في الأصل إلى قاضي الأمور المستعجلة ، ولا يشترط في ذلك أن تكون هناك دعوى موضوعية مرفوعة أمام محكمة الموضوع^(١) ، بل يصح أن ترفع دعوى الحراسة قبل رفع دعوى الموضوع . وفي هذه الحالة لا يمكن أن ترفع دعوى الحراسة إلا أمام قاضي الأمور المستعجلة ، إذ لا يمكن رفعها أمام محكمة الموضوع قبل أن ترفع أمام هذه المحكمة الدعوى الموضوعية^(٢) .

وحتى بعد رفع الدعوى الموضوعية أمام محكمة الموضوع يجوز رفع دعوى الحراسة أمام القضاء المستعجل^(٣) ، بل إن اختصاص القضاء المستعجل

(١) استئناف مخطوط ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ١٢ - ٣ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٩٤ - كرموز ٢٢ مايو سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٦ ص ٣٦ - طلال الكلية ١٣ يناير سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٣٢ ص ٥٠ - مصر مستعجل ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص ٢١٥ - محمد علي هرة ص ٥٢٦ .

(٢) ولقاضي الأمور المستعجلة في هذه الحالة أن يحكم بالحراسة مع تعيين أجل لرفع الدعوى الموضوعية أمام محكمة الموضوع للفصل في النزاع وإنهاء الحراسة تبعاً لذلك (استئناف مخطوط ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٤٠ - مصر مستعجل ١٣ مايو سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٥٨ ص ٧٦٣ - محمد علي هرة ص ٥٢٦ - وانظر آتياً فقرة ٤٠٥ في المباحث) .

(٣) محمد حسن المشايخي في قواعد المرافعات ١ فقرة ٥٦٩ ص ٤٠١ - محمد حامد قهسى في المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٤٩ ص ١٥٨ - ص ١٥٩ - عبد الحكيم فرج فقرة ٣٠٥ - محمد علي رشدي فقرة ١٧٢ ص ٢٥٠ - محمد علي راتب فقرة ٥ و فقرة ٣١٦ - استئناف مخطوط ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ١٧٢ - ص ٢٣٢ - بي سوفي الكلية ٦ أبريل سنة ١٩٢١ المحاماة ٣ رقم ٨٦ ص ٢٧٣ - فلقوس ١٨ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٦٧ ص ٢٢٥ - مصر ١٦ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٨ ص ٤٠٣ - بي سوفي جزئي ٨ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١١١ ص ١٨٣ - ذكرنس ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ الجريدة القضائية ٢٢ ص ٣٥ . السنة ٢ يناير سنة ١٩٣٢ الجريدة القضائية ١٤٧ ص ١٧ - ففص فخرى ٤ مايو سنة ١٩١٠ سيرة ١٩١٢ - ١ - ٥٨٢ .

وبهناك رأي ثانٍ يذهب إلى أن القضاء المستعجل لا يكون مختصاً إذا كانت الدعوى الموضوعية

حتى في هذه الحالة يبقى هو الأصل^(١) كما يقضى صريح النص ، إذ تقول
الفقرة الأخيرة من المادة ٤٩ مرافعات وهي تتكلم عن الأمور التي يختص
بها القضاء المستعجل : « على أن هذا لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع
أيضاً بهذه الأمور إذا رفعت لها بطريق التبعية » . فبكون الأصل إذن هو
اختصاص القضاء المستعجل ، ويجوز أن يحل عمله اختصاص محكمة الموضوع^(٢) :

« أمام محكمة الموضوع ، بل تكون هذه المحكمة الأخيرة وحدها هي المختصة (استئناف مختلط ١٠ أبريل
سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٤٠ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٦ - ١٥ مايو سنة ١٩٤٦
م ٥٨ ص ١٨٦ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٤٣ - استئناف وطني ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١
المجموعة الرسمية ٤ رقم ١٧ ص ٤١ - طنطا ٩ أكتوبر سنة ١٨٩٣ القضاء ١ ص ٨٧ -
جرجا ١٠ يوليو سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٩٣ ص ١٩٩ - منيا القمح ٨ أكتوبر
سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٤٥ ص ٩١ - طنطا الجزئية ١٥ مايو سنة ١٩١١ المجموعة
الرسمية ١٣ رقم ١٤ ص ٢٤ - طنطا ٢٩ يوليو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٥٠٤ ص ٨١٩ -
ملوى ١٣ سبتمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة القضائية ٤٣ ص ٢٦ . لجنة المراقبة القضائية رقم ٥ في ٦
فبراير سنة ١٨٩٧ ورقم ٦ في ٢٦ مارس سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٢ ص ٢٣٠ - نقض
فرنسي ١٧ ديسمبر سنة ١٨٦٠ دالوز ٦٠ - ١ - ٢٩٩ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٦
ص ٤٦٧) .

وهناك رأى ثالث يذهب إلى عدم اختصاص القضاء المستعجل في أثناء قيام الدعوى الموضوعية
إلا في حالة الاستعجال الشديد أو في حالة ما إذا كانت القضية الموضوعية مؤجلة إلى جلسة بعيدة
(استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١١٧ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢
ص ١٤ - ١٠ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٧٩ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٢٥ -
١٩ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٧٠ - ١٠ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٠ - ١٩ يونيو
سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٨٤ - السيدة زينب ١٠ يناير سنة ١٩٠١ - المجموعة الرسمية ٢ ص
٢٢٤ - عابدين ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص ٢٠ - محمد علي مرقعة ص ٥٢٤) .
(١) فلا يجوز لقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بإحالة الدعوى إلى محكمة الموضوع إذا كان
أصل النزاع مطروحاً أمام هذه المحكمة (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١٨ -
١٩ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٨٤ - محمد عبد اللطيف فقرة ٦١٠) - ويحكم قاضي الأمور
المستعجلة بحسب ظاهر المستندات دون أن يسس الموضوع (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٤٣ م
٥٥ ص ٤٠) .

(٢) قارن محمد علي رشدي فقرة ١٧٢ مكررة - وانظر المذكرة التفسيرية لفقرتين
المرافعات وقد ورد فيها ما يأتي : « وقد حرص المشرع على النص في هذه المادة على أن اختصاص
قاضي الأمور المستعجلة بما عهد به لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع أيضاً إذا مارفَع إليها
بطريق التبعية ، أي أن رفع الدعوى بالموضوع إلى محكمة لا يمنع اختصاص القضاء المستعجل بالمسائل »

ثانياً - محكمة الموضوع : وهذه لا تكون مختصة بطبيعة الحال إلا إذا رفعت إليها أولاً الدعوى الموضوعية ، فيجوز عندئذ رفع دعوى الحراسة بطريق التبعية . فإذا رفعت دعوى الاستحقاق أمام محكمة الموضوع ، جاز رفع دعوى الحراسة على العين المطالب بملكيتها أمام نفس المحكمة تبعاً للدعوى الموضوعية ، لأن قاضى الأصل هو قاضى الفرع^(١) . وتنتظر أمام محكمة الموضوع كدعوى مستعجلة بجميع الإجراءات التى تتطلبها الدعاوى المستعجلة^(٢) .

= للمستعجلة المتعلقة بها ، كما أن اختصاص القضاء المستعجل لا يسلب محكمة الموضوع اختصاصها بالفصل في مسألة مستعجلة ترفع إليها بطريق التبعية الطلب الأصل ، وهذا هو الرأى الذى ساد في قنة القانون الحالى (القديم) وقضائه .

هذا وإذا اتفق الطرفان على تعيين حارس يوضع تحت يده المال المتنازع عليه ، كان هذا الاتفاق صحيحاً ، ويجوز رفع الأمر إلى محكمة الموضوع لتعيين الحارس ، ولا يجوز رفع الأمر إلى قاضى الأمور المستعجلة إلا إذا توافر ركن الاستعجال (انظر آنفاً فقرة ٤٠٢ - عبد الحكيم فرج فقرة ٣٠٦ - فقرة ٣٠٨) .

(١) مصر الوطنية ٨ أبريل سنة ١٩٠٨ الجمعية الرسمية ١٠ رقم ١٣ ص ٢٩ - وحل ذلك يجوز لمحكمة الاستئناف المرفوع أمامها استئناف من حكم محكمة الموضوع الابتدائية أن تقضى بتعيين حارس إذا دعت الضرورة لذلك (استئناف وطئ ١٧ يناير سنة ١٨٩٥ الحقوق ١٠ ص ١٣٩ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٨ ص ٦١ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩١٧ الشرائع ٥ ، رقم ٤٩ ص ٢٣٧ - استئناف أسبوط ٢٣ سبتمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٧٣ - استئناف مخطوط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥ - محمد عل عرفة ص ٥٢٥ - محمد كامل مرسى - فقرة ٣٥٦ ص ٤٦٩) .

ولا يجوز للمحكمة الكلية أن تنتظر دعوى الحراسة بعد الفصل في موضوع الدعوى (قنا ١٢ يناير سنة ١٩١٠ الجمعية الرسمية ١١ رقم ٥٠ ص ١٤٠) . ويكون المختص بنظر دعوى الحراسة في هذه الحالة هي محكمة الاستئناف كما تقدم ، وكذلك قاضى الأمور المستعجلة (مخطوط جزئى ١٥ مايو سنة ١٩١١ الجمعية الرسمية ١٣ رقم ١٤ ص ٢٤) . ولكن وقف السبر في الدعوى ليس معناه عدم وجود دعوى ، بل معناه أنها معلقة ولكنها قائمة . وعلى ذلك فلو كانت القضية الموضوعية حوقوفة أمام محكمة الموضوع ، فهذا لا يمنع اختصاص هذه المحكمة بدعوى الحراسة (ملهط ٢٩ يوليى سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٥٠٤ ص ٨١٩) . وإذا وقفت القضية أمام محكمة الموضوع بسبب الطعن بالتزوير ، فهذا لا يمنع المحكمة من أن تكون مختصة بنظر دعوى الحراسة (استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٨٦ ص ٩٧٦) .

(٢) استئناف مخطوط ٢٤ يوليى سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٨٠ - ١٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٠٥ - ولكن قارن استئناف مصر ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٣٨ ص ١٠٥٨ (وقد قضت بأن طلب الحراسة المقدم لمحكمة الموضوع عملاً بالمادة ٤٩١ من القانون =

ويختص من ذلك أنه قبل رفع الدعوى الموضوعية لا يكون مختصاً بدعوى الحراسة سوى قاضي الأمور المستعجلة ، وبعد رفع الدعوى الموضوعية يكون مختصاً بدعوى الحراسة كل من قاضي الأمور المستعجلة بطريق أصلي ومحكمة الموضوع بطريق التبعية . فإذا رفعت الدعوى أمام إحدى المحكمتين ، امتنع رفعها ثانية أمام الجهة الأخرى . وهذا ما تنص عليه المادة ٤٩ من تقنين المرافعات ، وهي المادة التي سبق ذكرها .

٤٤٤ - **الاختصاص المحلي** : وإذا رفعت دعوى الحراسة أمام قاضي الأمور المستعجلة ، فإن محكمة القضاء المستعجل التي تختص بنظر هذه الدعوى اختصاصاً محلياً هي المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه أي المرفوع ضده دعوى الحراسة^(١) ، أو المحكمة التي تقع الحراسة في دائرتها أي المحكمة التي يقع في دائرتها المال المطلوب وضع الحراسة عليه^(٢) . وتنص الفقرة.

= المدن - القديم - لا يشترط فيه توافر ركن الاستقبال ، بخلاف ما إذا كانت الدعوى مرفوعة طبقاً للمادة ٢٨ من قانون المرافعات - القديم - فلا بد من توافره) .

(١) وإذا كان المدعى عليه يباشر تجارة أوحرفة ، جاز رفع الدعوى أيضاً أمام المحكمة التي يوجد فيها المكان الذي يباشر فيه تجارته أوحرفته ، فإن هذا المكان يعتبر أيضاً موطناً له (٤١ م مدني) . وتنص المادة ٤٢ مدني على أنه « ١ - موطن القاصر والمهجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً . ٢ - ومع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ ثمانية عشرة سنة ومن في حكمه موطن خاص ، بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها . ٣ - وموطن الشخص الاعتباري هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته . والشركات التي يكون مركزها في الخارج ولها نشاط في مصر يعتبر مركز إدارتها ، بالنسبة إلى القانون الداخلي ، المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية » (م ٢/٥٣ مرافعات) .

وإذا تمدد المدعى عليهم ، كان الاختصاص للمحكمة التي يقع بدائرتها موطن أحدهم (م ٢/٥٥ مرافعات) .

وإذا لم يكن المدعى عليه موطن ، فالاختصاص للمحكمة التي يقع بدائرتها سكنه (م ١/٥٥ مرافعات) .

(٢) أو المكان الذي يراد أن تجري فيه أعمال الحفظ والصيانة أو الإدارة موضوع الحراسة القضائية (محمد علي وآب فقرة ٣٢٣ ص ٨٤٧) - وقد قضى بأنه إذا رفع وارث دعواه أمام المحكمة الكائن بدائرتها المقارنات الموروثة طالباً وضعها تحت الحراسة القضائية ، دفع الورثة المدعى عليهم بعدم الاختصاص المحل استناداً إلى أن المحكمة المختصة هي تلك الواقع بدائرتها محل افتتاح الشركة عملاً بنص المادة ٢/٥٩ مرافعات ، كان الدفع في غير محله ، لأن المادة الواجبة التطبيق في هذا المقام هي المادة ١/٦٦ مرافعات التي تنص على أنه في الدعوى المتضمنة طلب اتخاذ

الأولى من المادة ٦٦ مرافعات في هذا الصدد على ما يأتي : « في الدعاوى المتضمنة طلب اتخاذ إجراء وقتي يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه أو المحكمة المطلوب حصول الإجراء في دائرتها^(١) : وإذا رفعت دعوى الحراسة بطريق التبعية لدعوى الموضوع ، فلها ترفع أمام محكمة الموضوع ، ولو كانت هذه المحكمة غير مختصة محلياً بنظرها فيها لو رفعت إليها مستقلة .

ولاتتعلق هذه التواعد بالنظام العام ، فجوز الاتفاق على ما يخالفها ، كما يجوز النزول عن التمسك بها صراحة أو ضمناً . ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها محلياً من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يتمسك المدعى عليه بعدم الاختصاص قبل إبداء سائر الدفوع الشكلية وقبل التكلم في الموضوع ، وإلا اعتبر متنازلاً عن اندفع^(٢) .

٣٣ إجراء وقتي يكون الاختصاص للمحكمة التي يتبعها موطن المدعى عليه أو المحكمة المطلوب حصول الإجراء في دائرتها . وهذا النص يسرى على جميع الدعاوى المتعلقة بالإجراءات الوقتية دون باقي النصوص التي تنظم قواعد الاختصاص المحلي ، وإذا تمارس معها فهو الواجب التطبيق دون سواء عملاً بالقاعدة الأصولية التي تقضي بأنه إذا تمارس نص خاص ونص عام طبق الخاص دون العام (شيبين الحكوم الجزئية ٥ مارس سنة ١٩٥١ مجلة التشريع والفتاوى ٤ ص ١٤٠) . وانظر محمد علي راتب فقرة ٣٢٣ ص ٨٤٦ - ص ٨٤٧ في الحاشي : ويشير إلى إسكندرية مستجبل ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ قضية رقم ٤٠٩٩ سنة ١٩٥٤ (ترفع دعوى استبدال حارس معزول بمقار بالإسكندرية أمام قاضي الأمور المستعجلة بمحكمة الإسكندرية ولو كان المدعى عليه غير موطن في دائرة اختصاصها) ، والإسكندرية مستجبل ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ قضية رقم ٤٢٩٦ سنة ١٩٥٤ (ترفع دعوى الحراسة على محل بالإسكندرية أمام قاضي الأمور المستعجلة بمحكمة الإسكندرية بالرغم من أن المدعى عليه يقيم بالقاهرة) .

(١) وقد حسم النص خلافاً كان قائماً في عهد تقنين المرافعات القديم . وكان للرأي الراجح في عهد هذا التقنين أن دعوى الحراسة التي ترفع تبعاً لنزاع مطروح أمام محكمة الموضوع يختص بنظرها قاضي الأمور المستعجلة للكائن في دائرة محكمة الموضوع ، أما دعوى الحراسة التي ترفع مستقلة عند علم طرح نزاع ما أمام محكمة الموضوع فكانت ترفع أمام قاضي الأمور المستعجلة في المحكمة الكائن في دائرتها الأعيان المطلوب وضعها تحت الحراسة إذا بنيت الحراسة على حق عيني أو أمام قاضي الأمور المستعجلة في المحكمة الكائن في دائرتها موطن المدعى عليه إذا بنيت على حق شخصي (محمد علي راتب فقرة ٣٢٣ ص ٨٤٧ هامش ١) .

(٢) محمد علي راتب فقرة ٣٢٣ ص ٨٤٨ - محمد عبد الحفيظ فقرة ٦١١ .

§ ٢ - الإجراءات والحكم في دعوى الحراسة

٤٤٥ - إجراءات دعوى الحراسة : ترفع دعوى الحراسة بناء على طلب المدعى بصحيفة تعلن للمدعى عليه على يد أحد المحضرين (م ٦٩ مرافعات) : وإذا رفعت بطريقة تبعية للدعوى الموضوع ، جاز رفعها بالإجراء الذي ترفع به الطلبات العارضة . ويجب أن يبين في صحيفة الدعوى موضوعها وطلبات المدعى فيها بالإيجاز (م ٧١ مرافعات) ^(١) . ويكون ميعاد الحضور أربعاً وعشرين ساعة ، ويجوز في حالة الضرورة القصوى نقص هذا الميعاد وجعله من ساعة إلى ساعة بشرط أن يحصل الإعلان للنخصم نفسه (م ٧٣ مرافعات) . وعلى المدعى بعد تسلمه أصل الصحيفة المعلقة أن يقدمه لقلم الكتاب لتقيد الدعوى بمجدول المحكمة ، في اليوم السابق لتاريخ الجلسة المحددة لنظرها على الأكثر . وللمدعى عليه أن يطلب قيد الدعوى يوم الجلسة نفسه بتقديم الصورة المعلقة له إذا لم يقيد بها المدعى . وتقيد الدعوى في الجلسة نفسها إذا كان التكليف بالحضور من ساعة إلى ساعة (م ٧٥ مرافعات) . ويجوز لرئيس الجلسة أن يأذن بقيد الدعوى في يوم الجلسة نفسه ، إذا وجد لذلك مقتضياً (م ٧٦ مرافعات) : وإذا سبق دفع الرسم بأكمله قبل إعلان الصحيفة ، وجب على قلم المحضرين تسليم الأصل لقلم الكتاب بعد إعلانه ، وعلى قلم الكتاب إجراء التقيد من تلقاء نفسه (م ٧٧ مرافعات) ^(٢) .

(١) ويجب أن تعين في صحيفة الدعوى الأموال المطلوب وضعها تحت الحراسة ، ويجوز الإحالة في هذا التعيين إلى عقد مضموم إل ملف الدعوى (استئناف مخطوط ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٥ - ٥ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٢ - ٢٥ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ٥٨٥ - ١٩ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ٢٤٢ - ٧ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٤٧ ص ١٤٨) .

(٢) ويجوز أن يكون مدعياً في دعوى الحراسة الشريك في شركة الحامية يطلب وضع الشركة تحت الحراسة (استئناف مخطوط ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٢٥) . وكذلك يجوز أن يكون مدعياً كل شخص يتقدم بادعاء الملكية ادعاءً جدياً يطلب وضع العين تحت الحراسة (استئناف مخطوط أول مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٦٢) . والمدعى عليه في دعوى الحراسة على الوقف هو الناظر دون المستحقين (استئناف مخطوط ٢٢ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٢٨٩ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ ص ٩٧ - ١٨ مايو سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ٣١٥) . وكل من يدعي حقاً في شيء يصبح أن يكون مدعياً في دعوى الحراسة (استئناف مخطوط ٢٢ مارس سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ٢١٠) .

وتتبع بعد ذلك الإجراءات المقررة في قانون المرافعات للدعوى المستعجلة ، من حيث إيداع المستندات قلم الكتاب عند قيد الدعوى ، وتقديم المدعى عليه مستنداته في جلسة المرافعة ذاتها ، وإعطاء المحكمة الخصوم المواعيد المناسبة للاطلاع على المستندات والرد عليها ، وحالة تغييب الخصم عن الحضور ، وما يثار أمام المحكمة من دفع وطليات ، وموقف القضاء المستعجل من الطلبات التي قد تستدعي سماع شهود أو نذب خبراء أو انتقال المعايبة أو توجيه عيّن حاسمة أو متممة أو الطعن بالتزوير أو الإنكار أو المطالبة بتقديم مستند لدى الغير ، إلى غير ذلك من الإجراءات^(١) .

وإذا رفعت دعوى الحراسة بطريق التبعية أمام محكمة الموضوع ، فإنه يجوز رفعها لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية باعتبارها من الإجراءات التحفظية التي يجوز تقديمها في أية حالة تكون عليها الدعوى^(٢) .

٤٤٦ — مكم الحراسة : يكون النطق بحكم الحراسة ، بتلاوة منطوقه أو بتلاوة منطوقه مع أسبابه ، ويكون النطق به علانية وإلا كان باطلا (م ٣٤٥ مرافعات) . وإذا نطق بالحكم عقب المرافعة ، وجب أن تودع مسودته المشتملة على أسبابه موقعا عليها من الرئيس والقضاة ميّنا بها تاريخ إيداعها ، وذلك في ظرف ثلاثة أيام من يوم النطق بالحكم ، وإلا كان الحكم باطلا . فإن كان النطق بالحكم في جلسة أخرى غير جلسة المرافعة ، وجب أن تودع مسودته عقب النطق به ، وإلا كان الحكم باطلا كذلك . ويكون

(١) انظر في كل ذلك محمد عل راتب فقرة ٥٣ - فقرة ٦٥ - محمد عبد اللطيف فقرة

٦١٩ - فقرة ٦٢٧ .

(٢) وقد قضى في هذا الصدد بأنه إذا كان الثابت أنه في أثناء نظر دعوى الموضوع أمام محكمة ثاني درجة طلب المستأنف استبدال المحارس التي عينته المحكمة الابتدائية ، فاعترض المستأنف ضده بأن هذا الطلب لا يقبل أمام محكمة ثاني درجة لأن قاضي التمييز هو قاضي المزل ، فهذا الاعتراض في غير محله ، لأن المحكمة التي تنتظر التراجع الموضوعي هي المختصة بنظر دعوى الحراسة على الأموال المتنازع عليها ولو كان ذلك لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ، وذلك على اعتبار أن هذا من الإجراءات التحفظية الجائز تقديمها في أية حالة تكون عليها الدعوى . فمن حق المستأنف إذن أن يطلب استبدال المحارس كذلك أمام محكمة ثاني درجة لأول مرة ، وحقه هذا لا يمنعه من طلب عزل المحارس أو استبداله أمام القاضي المستعجل إذا توافرت شروط اختصاصه (استئناف مصر ١٧ أبريل سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ ص ١٤٥٠) . وانظر آنفاً فقرة ٤٤٣ في الماشي .

التسبب في البطالان ملزماً بالمصاريف والتضمينات إن كان لما وجه (٣٤٦م) مرافعات). ويجب أن يكون الحكم مشتملاً على الأسباب التي بنيت عليه ، وإلا كان باطلاً (م ٣٤٧ مرافعات). وصورة الحكم التي يكون التنفيذ بموجبها تبصم بخاتم المحكمة ويوقعها الكاتب بعد أن يذيلها بالصيغة التنفيذية ، ولا تسلم إلا للمخضم الذي صدر حكم الحراسة لمصلحته (٣٥٢م مرافعات). ويسوغ إعطاء صورة بسيطة من نسخة الحكم الأصابة لكل إنسان ولو لم يكن له شأن في الدعوى ، وذلك بعد دفع الرسم المستحق (م ٣٥١ مرافعات). ويجب أن يسبق التنفيذ إعلان السند التنفيذي لنفس المحكوم عليه بالحراسة أولوطنه الأصلي، وإلا كان باطلاً (م ٤٦٠ مرافعات). ومع ذلك يجوز لقاضي الأمور المستعجلة أو لمحكمة الموضوع على حسب الأحوال أن تأمر بتنفيذ الحكم بموجب مسودته بغير إعلان ، وفي هذه الحالة يسلم الكاتب المسودة للمحضر ، وعلى المحضر أن يردّها بمجرد الانتهاء من التنفيذ (م ٤٦٤ مرافعات).

والنفاذ المجل بغير كفالة واجب بقوة القانون لحكم الحراسة ، سواء أصدره قاضي الأمور المستعجلة أو أصدرته محكمة الموضوع ، وذلك ما لم ينص في الحكم على تقديم كفالة (٤٦٦م مرافعات)^(١). ويجوز الطعن في حكم الحراسة بالاستئناف دائماً ، أيا كانت قيمة النزاع الأصلي أو قيمة الأموال الموضوعة تحت الحراسة ، وسواء صدر الحكم من قاضي الأمور المستعجلة أو صدر من محكمة الموضوع (٣٩٥م مرافعات)^(٢). ويستتبع ذلك أنه يجوز أن يكون الحكم الصادر في الموضوع غير قابل للاستئناف ، أما حكم الحراسة الذي هو تابع للحكم الموضوعي فمكّن قابلاً للاستئناف . وتعليل ذلك أن حكم الحراسة يصدر بعد بحث سريع لظاهر المستندات ، فيجعل دائماً قابلاً للمراجعة من محكمة أعلى^(٣). ويستأنف حكم

(١) استئناف مخطوط ٢٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٩٢ - وينفذ الحكم ضد من انتقلت إليه ، بعد صدور حكم الحراسة ، ملكية المال الموضوع تحت الحراسة (استئناف مخطوط ٢٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٢ ص ٢٢٦) .
(٢) وعدم إدخال أحد الحراس أو أحد الملاك نصاً في الاستئناف لا يجعل الاستئناف غير مقبول (استئناف مخطوط ٢٩ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٧٧) .
(٣) عهده الحكم فراج فقرة ٣٦٠ .

الحراسة ، إذا كان صادراً من قاضي الأمور المستعجلة ، أمام المحكمة الكلية . وحكمها في الاستئناف يكون نهائياً ، ثم هو لا يقبل الطعن فيه بالنقض إذ قد أعيد تحريم الطعن بالنقض في الأحكام النهائية الصادرة من المحاكم الكلية بالقانون رقم ٣٥٤ لسنة ٢٩٥٢^(١) . أما إذا كان حكم الحراسة صادراً من محكمة الموضوع ، فإن كانت هذه المحكمة هي المحكمة الجزئية ، فاستئناف الحكم يكون هنا أيضاً أمام المحكمة الكلية ، ويكون حكمها نهائياً وغير قابل للنقض^(٢) . وإن كانت محكمة الموضوع هي المحكمة الكلية ، فاستئناف حكم الحراسة يكون أمام محكمة الاستئناف ، ويكون حكم هذه المحكمة قابلاً للطعن فيه بالنقض^(٣) .

(١) وذلك فيما عدا الحكم في قضايا وضع اليد والحكم الصادر في مسألة اختصاص نومي أو اختصاص متعلق بولاية المحكمة (م ٢٥ مكررة مرافعات الصادر بها القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢) . ثم صدر قانون السلطة القضائية رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ ، تنص المادة الثانية منه على أن الخصوم أن يطنوا أمام محكمة النقض في الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية في قضايا استئناف أحكام المحاكم الجزئية ، وذلك إذا كانت الأحكام المطعون فيها مبنية على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله إذا كان الحكم صادراً في مسألة اختصاص متعلق بولاية المحاكم الاستئنافية . فصار الحكم النهائي الصادر من محكمة ابتدائية في دعوى الحراسة لا يقبل الطعن بالنقض ، إلا إذا كان صادراً في مسألة اختصاص متعلق بوظيفة المحكمة (انظر محمد عبد الطيف فقرة ٦٥٢ - فقرة ٦٥٤) .

وانظر في جواز الطعن بالنقض في الحكم الصادر في دعوى الحراسة من محكمة ابتدائية هيئة استئنافية بعد صدور تقنين المرافعات الجديد وقبل صدور القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢ : لقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص ١٦١٣ .

(٢) إلا إذا كان صادراً في مسألة اختصاص متعلق بوظيفة المحكمة (انظر الهامش السابق) . (٣) ولا يخضع لرقابة محكمة النقض تقدير قيام الخطر العاجل وهو الشرط العام في الحراسة ، ولا تقدير الطريقة المؤدية إلى صون حقوق المتخاصين بمضمون قبل بعض ، فهذه من مسائل الواقع يبت فيها قاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض (نقض ملف ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٠ ص ٩٩٨ - أول يولييه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٦ ص ٥٦٦ - ١٧ يولييه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧١ ص ١٩٨ - ٣٠ يولييه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٠٠ ص ١٣٥٣ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٧ ص ٥٥٣ - ٧ يولييه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٤ ص ١٣٦٧ - وانظر آنفاً فقرة ٤٠٤ في الهامش) .

هذا وقد يصدر حكم الحراسة من محكمة الاستئناف إذا كانت دعوى الموضوع مستأنفة أمامها ودعت الضرورة إلى أن تصدر حكماً يوضح المال تحت الحراسة ، وفي هذه الحالة يكون الحكم نهائياً غير قابل للاستئناف ولكن يجوز الطعن فيه بالنقض .

واختلف في جواز الطعن في حكم الحراسة بالنقض إعادة النظر ، فرأى يقول بالجواز لإطلاق نص المادة ٤١٧ مرافعات وهي تميز النقض إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة نهائية^(١) ، ورأى آخر وهو الراجح لا يجوز النقض إعادة النظر لأن أسباب النقض يمكن اعتبارها ظرفاً استجبت بعد صدور حكم الحراسة تزيل حجية هذا الحكم ومن ثم يمكن تعديله بدعوى جديدة لا بطريق النقض إعادة النظر^(٢) . ويجوز اعتراض الخارج عن الخصومة على حكم الحراسة ، لأن نص المادة ٤٥٠ مرافعات الوارد في هذا الصدد عام مطلق^(٣) . واعتراض الخارج عن الخصومة على حكم الحراسة لا يوقف تنفيذه ، ما لم تأمر المحكمة المرفوع إليها الاعتراض بوقفه لأسباب جدية (م ٤٥٤ مرافعات)^(٤) . وتنوّل المحكمة التي أصدرت حكم الحراسة تصحيح ما يقع في منطوق حكمها من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية ، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من غير مراعاة . ويجرى كاتب المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ، ويوقعه هو ورئيس الجلسة (م ٣٦٤ مرافعات) . ويجوز للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة التي أصدرت حكم الحراسة تفسير ما وقع في منطوقه من غموض أو لبهام ، ويقدم الطالب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى (م ٣٦٦ مرافعات) ، فيجوز مثلاً طلب تفسير مدى مأمورية الحارس ومقدار الأموال والأعيان التي تشملها بالحراسة . والحكم الصادر بالتفسير يعتبر من كل الوجوه متمماً للحكم الذي يفسره ، ويسرى عليه ما يسرى على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية (م ٣٦٧ مرافعات) . ولا يجوز عند التفسير

(١) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٦٢ - ناشد حنا في النقض إعادة النظر ص ٢٠ .

(٢) استئناف مخطوط ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ الهامة ص ٢٨٦ - محمد علي رشدي فقرة

٨٣٥ - محمد عبد العلي فقرة ٦٥١ .

(٣) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٦٥ - محمد علي راتب فقرة ٩٠ - محمد عبد العلي فقرة

٦٥٧ - أحمد أبو الوفا في المرافعات طبعة رابعة ص ٨١٥ - عبد المنعم الشرنقاري في اعتراض الخارج عن الخصومة مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٩ - استئناف مخطوط ٦ ديسمبر سنة ١٩١١

م ٢٤ ص ٤٤ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١٢ ص ٣٨ - ٢٢ مارس سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ٣٠٩ -

لإسكندرية مستعجل ١١ أبريل سنة ١٩٥٠ مجلة التشريع والقضاء ٢ ص ٣٠١ - عكس ذلك :

استئناف مخطوط ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦٦ ص ٩٠ .

(٤) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٦٥ - محمد علي راتب فقرة ٩١ .

إدخال أى تعديل على حكم الحراسة الأصلى ، وإلا كان الحكم الصادر بالتفسير لا أثر له ، ولا يعتد إلا بحكم الحراسة الأصلى^(١) .

٤٤٧ - هـ : حكم الحراسة : حكم الحراسة حكم وقعى ، سواء صدر من قاضى الأمور المستعجلة أو من محكمة الموضوع . ولا ينبى عنه هذه الطبيعة الوقتية أنه يفصل بصفة قطعية ، فهو إنما يفصل قطعياً فى الحراسة لمدة مؤقتة ، ويكون فى خلالها قابلاً للتعديل إذا تغيرت الظروف التى اقتضت إصداره^(٢) : فحكم الحراسة إذن حكم قطعى مؤقت . وهو كحكم قطعى يحوز قوة الأمر المقضى . ومن ثم يقيد القضاء ويلزم طرفى الخصومة ، فليس للقضاء أن يعدل عن حكمه وليس لطرفى الخصومة^(٣) أن يرفعا دعوى ثانية بذات الموضوع ونفس السبب للوصول إلى تعديل الحكم الأول ما لم تتغير الظروف^(٤) كما سيأتى .

(١) مصر مستعجل ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ١٨٣ ص ٣١٠ - محمد مل واتب فقرة ٣٣٦ .

(٢) عبد الحكم فراج فقرة ٣٥٥ .

(٣) وحكم الحراسة لا يبرى إلا فى حق طرفى الخصومة وخلفائهما ، ولا يجوز التمسك به ضد شخص لم يمثل فى الخصومة (مصر مستعجل ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٤ الهامة ١٥ رقم ١٣٤ ص ٢٩٠ - محمد مل راتب فقرة ٧٥) .

(٤) استئناف مخطوط ١٩ يولييه سنة ١٩٣٥ ٤٧ ص ٣٨٤ - مصر - مل ٢٨ أغسطس سنة ١٩٣٩ الهامة ٢٠ ص ٢٢٦ - محمد عبد العليخ فقرة ٦٣٨ - وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان الأصل فى الأحكام الصادرة فى الأمور المستعجلة أنها لا تحوز حجية الأمر المقضى باختبارها وقتية ولا تؤثر فى أصل الموضوع ، إلا أن هذا ليس يعنى جواز إثارة النزاع الذى فصل فيه للقاضى المستعجل من جديد متى كان مركز الخصوم هو والظروف التى انتهت بالحكم هى بينها لم يطرأ عليها أى تغيير . إذ هنا يضع الحكم المستعجل طرفى الخصومة فى وضع ثابت واجب الاحترام يقتضى حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى نفس الظروف التى أوجبته ولذات الموضوع الذى كان محل البحث فى الحكم السابق صدوره ، مادام أنه لم يحصل تغيير مادى أو قانونى فى مركز الطرفين يسوغ إجراء مؤقته لحالة المرافعة الجديدة (نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٠ ص ١٥٩١) . وقضت أيضاً بأن الحكم الصادر فى المسائل المستعجلة التى يختص عليها من فوات الوقت هو حجة يلزم بها القاضى والخصوم فيما يقتضى به القاضى فى حدود ماله من « صفة مؤقتة وعدم المساس بالحق » ، ويكون قابلاً للظن فيه بطرق الظن التى قررها له القانون ، إذ أن هذا الحكم عليه ما عدا جميع الأحكام من شرائط المداولة والتنقيب وغير ذلك مما نص عليه فى الفصل الأول من الباب العاشر من قانون المرافعات الخاص بالأحكام ، كما أن « ما هنا » =

وحكم الحراسة كحكم مؤقت ليست له إلا حجية نسبية مؤقتة .
فحجتيه نسبية لأنها لا تلزم قاضي الموضوع . وتقول محكمة النقض في هذا
الصدد إن إجراء الحراسة وهو إجراء مستعجل ليس من شأنه أن يحسم النزاع
بين الخصمين في أصل الحق ، إذ هو تقدير وقفي عاجل ، يتحسّن به القاضي
المستعجل ما يبدو للنظرة الأولى أن يكون وجه الصواب في خصوص الإجراء
المطلوب ، مع بقاء أصل الحق سليماً يناضل فيه ذوو الشأن لدى محكمة
الموضوع^(١) .

وحجتيه مؤقتة لأنها لا تبقى إلا ببقاء الظروف التي بنى عليها الحكم . فإذا
تغيرت هذه الظروف ، سواء من ناحية الواقع أو من ناحية القانون ، ووجد

= حجة فيما يقضى به في الحدود المتقدمة وفقاً للادتين ٣٤٩ و ٤٩٩ مرافعات (نقض مدني ٢٩
ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص ١٦١٢) .

أما إذا اختلف السبب ، فلا محل للدفع بفترة الأمر المقضي . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا
رفعت دعوى الحراسة المرفوعة باعتبارها إجراء مؤقتاً باليت في إشكال مرفوع ، وكانت
المحكمة قد قضت برفضها دون أن تبحث توافر شروطها تأسيساً على أنها صارت غير ذات موضوع
بعد الفصل في الإشكال ، ثم رفعت دعوى حراسة أخرى استند فيها إلى نزاع في الملكية ، وكان
يبين من ذلك أن السبب الذي بني عليه طلب الحراسة في كل من الدعويتين مختلف عن الآخر ، فضلاً
عن أن المحكمة لم تنص في الدعوى الأولى لبحث مسوغات الحراسة لتقول فيها كلمتها ، فإن الحكم
المطعون فيه إذ قضى بعدم جواز نظر دعوى الحراسة الثانية لسبق الفصل فيها قد أخطأ في تأويل
الحكم الصادر في الدعوى الأولى خطأ ترتب عليه خطأ في تطبيق المادة ٤٠٥ مدني (نقض مدني
١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٨ ص ٢٥١) . وقد قضى بأن رفض
تعيين حارس بالأجر ليس حجة ضد طلب تعيين نفس الحارس بغير أجر (استئناف مختلف ٢٩
نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥) .

وانظر مصر استثنائي ١٥ يناير سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٧ ص ١٩٦ - ٦ مارس سنة ١٩١٢
الحقوق ٢٧ ص ٢٢٤ - بنى صوب الكلية ٣٠ مارس سنة ١٩٤٠ الهامة ٢١ رقم ١٢٢ ص ٢٥٩ -
فهرج نجم ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٤ الهامة ٣٦ رقم ٢١ ص ١١٤ .

(١) نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ الهامة ٢٩ رقم ٨٦ ص ١٠٢ - وقضت محكمة
النقض أيضاً بأن القضاء بإجراء أمر وقفي لا يجوز قوة الشيء المحكوم به في أصل موضوع النزاع ،
فهر بليجته هذه لا يمكن أن يقع تناقض بينه وبين حكم آخر يصدر في موضوع النزاع المقضي
بالتخاذ الإجراء فيه (نقض مدني ١٦ فبراير سنة ١٩٣٣ مجموعة ١ رقم ١٠٣ ص ١٨٩) -
وانظر أيضاً نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥ -
٥ يونيو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٩ ص ١١٥٢ - عبد الحكيم فراج فقرة
٢٥٤ - محمد عل راتب فقرة ٧٤ - محمد عبد الطيف فقرة ٦٣٩ .

حا يستوجب التعديل في حكم الحراسة ، زالت حجية هذا الحكم ، وأمكن رفع دعوى جديدة يطلب فيها ما يغير الذي قضى به حكم الحراسة الأول^(١) . ويرتب على ذلك أنه إذا قضى بتعيين حارس قضائي حتى يقضى نهائياً في نزاع معين ، وقبل الفصل في موضوع النزاع تغير مركز أحد الطرفين بحيث يصبح طلب رفع الحراسة ، جاز رفع دعوى جديدة بذلك^(٢) . ويرتب على ذلك أيضاً أنه إذا قضت المحكمة يرفض دعوى الحراسة لأسباب معينة ، ثم حصل تغيير في مركز الطرفين يمكن معه رفع دعوى حراسة جديدة ، جاز ذلك^(٣) . ولا يشترط في الوقائع التي تغير مركز الخصوم أن تكون قد حدثت بعد صدور حكم الحراسة ، بل يكفي وجودها ولو حصلت قبل صدور هذا الحكم مادامت لم تطرح أمام المحكمة ويفصل فيها بالقبول أو بالرفض^(٤) .

٤٤٨ — تنفيذ حكم الحراسة : أول أثر لحكم الحراسة هو إضفاء صفة الحارس على من اختير لذلك ، وسنرى أن هذا الأثر يقع بمجرد صدور الحكم دون حاجة إلى أي إجراء آخر . ثم يأتي بعد ذلك تسليم الأموال التي فرضت عليها الحراسة للحارس . وهذا يستوجب إعلان الحكم إلى المحكوم عليه ، إلا إذا أمرت المحكمة بتنفيذ الحكم بموجب مسودته بغير إعلان على ما قدمنا^(٥) . ويشمل التسليم الشيء الأصلي الموضوع تحت الحراسة وتوابعه ولو لم ينص الحكم عليها ، فوضع محل شركة تحت الحراسة يشمل الأدوات والبضائع

(١) عبد الحكم فرالج فقرة ٣٥٤ .

(٢) مصر مستعيل ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥ الجريدة القضائية عدد ٢٩١ ص ١٢ .

(٣) نقض مدني ٢١ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٧٥ ص ٤٣٨ -

١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠٠ ص ٦١٥ - استئناف مخطوط ٢٦ نوفمبر

سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٣٨ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣٤ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٨

م ٥١ ص ٣٤ - محمد عبد الحليم فقرة ٦٣٨ .

(٤) مصر مستعيل ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ ص ٢٨٢ - محمد علي راتب فقرة

٧٣ ص ١٩١ - والمحكمة بحث وقائع الدعوى المطروحة ومستندات الطرفين وظروف الدعوى

السابقة والحالية لمعرفة ما إذا كان قد حصل تغيير في الوقائع المادية أو في مركز الطرفين القانوني

ينبغي للمحكمة المدول عن حكمها الأول أو التعديل فيه (استئناف مخطوط ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١

ص ٢٤٠ - ١٨ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٤١) .

(٥) انظر آتفاً فقرة ٤٤٦ .

والمقتولات الأخرى الموجودة بالمحل . ولا يعتبر من التوابع العقارات الموزعة من الغير والموضوع فيها الأموال المفروض عليها الحراسة ، أو العقارات المملوكة من الغير وتكون مستخدمة على سبيل التسامح لمنفعة الأموال المفروض عليها الحراسة^(١) .

وإذا كانت الأعيان الموضوعة تحت الحراسة يشغلها مستأجرون ، فإنه تسلم الحارس لها لا يعنى نزاعها من أيدي المستأجرين وإخراجهم منها ، ولكن يكون تسلمها بحلول الحارس محل واضح اليد السابق في قبض الأجرة^(٢) . وقد تعترض الحارس صعوبات في تنفيذ حكم الحراسة ، فله أن يلجأ إلى القضاء المستعجل للفصل في هذه الصعوبات . مثل ذلك أن يمنع شخص من تسليم الحارس عيناً من الأعيان الموضوعة تحت الحراسة بدعوى أنه مستأجر لها ، فلقاضى الأمور المستعجلة أن يبحث جدياً عقد الإيجار ، فإذا كان جدياً

(١) مصر مستعجل ٢٧ أغسطس سنة ١٩٣٥ الجريدة القضائية عدد ٤٠٠ ص ٩ - محمّد عل راتب فقرة ٣٣٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الحراسة إجراء تحفظي ، والحكم الصادر فيها ليس قضاء بإجراء يحتمل التنفيذ المادي في ذاته إنما هو تقوير يتوافر بصفة قانونية للحارس لأداء المهمة التي تناط به في الحد الذي نص عليه الحكم ، وإبراز هذه الصفة ووضعها موضع التنفيذ بالنسبة إلى العقار ليس إلا عملاً حكماً ليس له كيان مادي ، فلا يجوز للحارس تنفيذ الحكم بطرد واضح اليد على العقار مادام استأجر يعقد لا شبهة في جديته لبعض الأعيان الموضوعة تحت الحراسة من قبل ، بل يحق له فقط تحصيل الإيجار المستحق من المستأجر (نقض مدني ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٦ ص ٦٥٢) - وانظر أيضاً نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٥ ص ٩٠٨ - مستعجل مصر ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٥ ص ٣٦٢ - ١١ متبسر سنة ١٩٤٠ الحاماة ٢١ ص ٦٤٣ - استئناف غنظط ٥ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٤٩ - ٢١ يوفيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٩ .

كلّك لا تؤثر الحراسة في حق الشريك في الانتفاع بالحصّة الثامنة ، فلا يخشى قاضي الأمور المستعجلة بطرد الشريك من العين موضوع الحراسة (مصر مستعجل ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٥٣ : الحاماة ٣٤ رقم ٤٥٤ ص ١٠٨٥) ، وذلك ما لم يكن وجود الشريك في العين عقبة تعرقل أعماله الحارس كما لو استأجر الشريك بالعين كلها ومنع الحارس من إدارتها واستغلالها (انظر محمّد عبد الكافي فقرة ٣٠٣ - وقارن إسكندرية مستعجل ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٧ الحاماة ١٨ رقم ٤٧١ : ص ١٠٨٥ - مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ الحاماة ٢١ رقم ٢٧٧ ص ٦٤٣) . ولا ينزع الحارس للعين من تحت يد الدائن المرتهن رهن حيلزة (استئناف غنظط ١٠ يوفيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٢) .

ترك العين في يد المستأجر واكتفى الحارس بقبض الأجرة منه^(١) . وإذا شبل حكم الحراسة أعيان وقف وملك ، وصدر حكم بعد ذلك من محكمة الموضوع بإخراج أطيان الوقف من الحراسة في مواجهة الحارس دون الخصوم ، وقبر الحارس ، فإن للحارس الحديد أن يلجأ إلى القضاء المستعجل لمعرفة مدى تأثير الحكم الصادر بإخراج الوقف من الحراسة في مواجهة الحارس السابق دون الخصوم في الحكم الصادر بتعيينه حارساً . ويجب على القضاء المستعجل ألا يمس الحكم الموضوعي ، فيتعن عليه أن يحكم بوقف تنفيذ حكم الحراسة بالنسبة إلى الوقف ، ولو طعن أمامه ببطالان الحكم الموضوعي لعدم صدوره في مواجهة جميع الخصوم ، إذ لا يجوز أن يصدر حكماً يتعارض مع حكم صادر من محكمة الموضوع في نفس الأمر المطروح أمامه^(٢) .

٣٨ - تعيين الحارس القضائي

٤٤٩ - نص قانوني : تنص المادة ٧٣٢ من التقنين المدني على ما يأتي :
 « يكون تعيين الحارس ، سواء أكانت الحراسة اتفاقية أم كانت قضائية ، باتفاق ذوي الشأن جميعاً ، فإذا لم يتفقوا تولى القاضي تعيينه^(٣) » .
 ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم ، ولكن الحكم كان معمولاً به^(٤)

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٦٩٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٣٢ - ولا مقابل للنص في التقنين

(١) استئناف مخطط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ جازيت عدد ٣٤٤ رقم ٢٨٦ ص ٢١٣

(٢) استئناف مخطط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٣ م ١٥ ص ٣٢٠ - مصر مستعجل ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٨٣ ص ٤١٠ - محمد علي راتب فقرة ٣٣٥ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠١٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٦٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٨٦ - ص ٢٨٧) .

(٤) انظر في هذا المعنى استئناف مخطط ٢٧ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٨٦ - محمد علي

راتب فقرة ٣٢٩ ص ٨٥٤ حاشي ١ .

المدنى العراقى - ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧٢٠ / ١ و ٢ (١).

ونبحث فى هذا الصدد المسائل الآتية : (١) من يعين الحارس القضائى .
(٢) التكييف القانونى لصفة الحارس القضائى ، وسرى أنه تثبت له صفة النيابة عن صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة . (٣) ما يترتب على أن الحارس القضائى نائب عن صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة . (٤) تنحى الحارس القضائى عن الحراسة . (٥) طلب عزل الحارس القضائى واستبدال حارس آخر به .

٤٥٠ - من يعين الحارس القضائى : رأينا أن المادة ٧٣٢ مدنى تقضى بأن يكون تعيين الحارس القضائى باتفاق ذوى الشأن جميعاً ، أى أن تعيين شخص الحارس القضائى مسألة منفصلة عن فرض الحراسة القضائية (٢). فالحراسة القضائية تفرض بحكم من القضاء ، ولكن شخص الحارس القضائى يتعين بإتفاق ذوى الشأن جميعاً إذا أمكن هذا الاتفاق ، ولا تغيب بذلك طبيعة

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١٩٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٣٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : لا يشتمل على نصوص فى الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥١/٧٢٠ : يعهد فى الحراسة إلى شخص يتفق جميع

ذوى الشأن على تعيينه من قبل القاضى - وللقاضى أن يقرر تعيين حارس .

(وبالرغم من غموض عبارة النص فالظاهر أن الحارس القضائى فى التقنين اللبناني يعين باتفاق ذوى الشأن ، فإن لم يتفقوا عليه القاضى : انظر م ١٩٦٣ مدنى فرنسى - فيكون التقنين اللبناني متفقاً مع التقنين المصرى) .

(٢) فقد يقرر مبدأ الحراسة القضائية نهائياً دون أن تقتصر نهائياً تعيين الحارس . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا أوقفت محكمة الاستئناف دعوى الحراسة لوفاء أحد الخصوم ، ثم قضى بإبطال المرافعة فيها فى مواجهة النظائر اللذين حلوا محل الناظر المدين حارساً ، فإن حكم الحراسة المستأنف إذا كان قد أصبح نهائياً لما هذا إلا بالنسبة إلى مبدأ الحراسة القضائية فقط ، ولكنه غير ملزم من جهة الشخص المدين حارساً . وعدم إلزامه لا يمكن منه القول بنهايته بالنسبة إلى هذا الشخص ، ولأن وضع يد الناظر على الألبان المتنازع عليها قد تغير من كونه الناظر على وقف هذه الأرض إلى كونه الحراسة القضائية عنها ، ولا بأن ناظر الوقت أو نظاره مسئولون عن الحساب مسئولية الحارس القضائى (نقض م ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٥ ص ٨٦٧) .

الحراسة من حراسة قضائية إلى حراسة اتفاقية . فالعبرة في كون الحراسة قضائية أو اتفاقية هي بمن فرض الحراسة في ذاتها . فإن كان هو القاضي ، كانت الحراسة قضائية ، ولو كان الخصوم هم الذين اتفقوا على تعيين شخص الحارس للقضائي . وإن كان هو الخصوم ، كانت الحراسة اتفاقية ، ولو كان القاضي هو الذي عين الحارس الاتفاقى^(١) .

فإذا اتفق ذوو الشأن جميعاً على تعيين شخص يكون حارساً قضائياً ، وجب على المحكمة تعيين هذا الشخص^(٢) . ولا يكفي أن تتفق الأغلبية ، ولو كانت أغلبية الشركاء في المال الشائع^(٣) . بل يجب أن يكون هناك اتفاق إجماعي .

فإذا لم يتخذ الإجماع على شخص معين ليكون حارساً قضائياً ، تولت المحكمة بنمائها تعيين هذا الحارس . وتستأنس في ذلك برأى من ترى الاستئناس برأيه من ذوي الشأن ، أغلبية كانوا أو أقلية ، دون أن تكون ملزمة بهذا الرأي . ولها أن تعين أحد طرفي الخصومة حارساً قضائياً ولو اعترض

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠٢ في الماش . وتقول الذاكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « سواء أكانت الحراسة اتفاقية أم قضائية ، فهناك مسألةتان منفصلتان : أولاً وضع المال تحت الحراسة ، والثانية تعيين شخص الحارس . والمسألة الأولى هي التي تسبغ على الحراسة صفتها الاتفاقية أو القضائية ، أما متى اتفق المتنازعان على مبدأ الحراسة أو سكت المحكمة بها ، فإن أمر تعيين الحارس يترك في كلا الحالين إلى المتنازعين إن أمكنهما أن يتفقا عليه ، وإلا فتقوم به المحكمة المختصة » (مجموعة الأعمال التمهيدية ص ٢٨٧) .

(٢) وتبقى الحراسة مع ذلك حراسة قضائية (يودى وقال فقرة ١٢٩١) ، كأن الحراسة الاتفاقية تبقى اتفاقية حتى لو عينت المحكمة الحارس (انظر آنفاً فقرة ٤٠٢ في الماش) .

(٣) وقد قسست محكمة النقض بأن مجال تطبيق أحكام إدارة المال الشائع ، الواردة بالمادة ٨٢٨ وما بعدها من القانون المدني ، يختلف عن مجال تطبيق أحكام الحراسة على منقول أو عقار قام بشأنه نزاع وكانت قد تجملت لدى صاحب المصلحة فيه من الأسباب المعقولة ما يشي معه بخطر عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائظه . فإن الحكم في شأن هذا النزاع يدخل فيما نسبت عليه المواد ٧٢٩ وما بعدها من القانون المدني بشأن الحراسة ، ويكون تعيين الحارس - سواء كانت الحراسة اتفاقية أو قضائية - باتفاق ذوي الشأن جميعاً ، فإذا لم يتفقوا تول القاضى تعيينه ، وذلك وفقاً للمادة ٧٣٢ من ذلك القانون . وإذا فُرضت الحراسة على مال شائع ، وطُبقت المحكمة أحكام الحراسة في شأن هذا النزاع ، فإن التمس على الحكم بالخطأ في القانون لعدم تطبيق المادة ٨٢٨ من القانون المدني يكون في غير محله (نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ وقر ٢٢٥ ص ١٦١٢ - وانظر عكس ذلك محمد عبد الحليم فقرة ٤٠٥) .

عليه الطرف الآخر ، إذا اطمأنت إلى أمانته وكفائه ، لاسيما إذا قبل الحراسة دون أجر وكانت قيمة الأموال الموضوعة تحت الحراسة لا تتحمل تقيلها بالأجر^(١). وإذا لم تر المحكمة تعيين أحد طرفي الخصومة ، عينت أجنبياً ، قد يكون من بين الخبراء المقررين بالجدول^(٢) ، أو أى شخص آخر تراه متوافراً على الخبرة الخاصة التي تتطلبها إدارة الأموال الموضوعة تحت الحراسة .

(١) انظر المادة ٤٩١/٦٠٠ من التتتين المدنى القديم وتنص صراحة على جواز تعيين أحد الخصوم المترافين حارساً قضائياً - وانظر استئناف وطنى ١٠ يولييه سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٢٢٢ - ٣ فبراير سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٢ ص ٢٥٢ - استئناف مخطط ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٩ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٥٨ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٥ - ١٤ يناير سنة ١٩٢٧ م ٤٤ ص ١١٣ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ١١ - ٢٤ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٤ - محمد علي راتب ققرة ٣٢٩ ص ٨٥٦ - ٨٥٧ - محمد كامل مرسى ققرة ٣٦٢ .

وقد قلست محكمة النقض بأن اختيار المدعى عليه حارساً للماله وللإختيارات الأخرى التي أوردتها المحكم في صدد تبرير اختياره لا يتعارض بحال مع تقدير المحكم قيام الخطر الموجب للحراسة ، متى كان الحكم مع اختياره هذا الخصم قد حدد مأموريته وجعله مسئولاً عن إدارته أمام الهيئة التي أقامته بما يكفل حقوق جميع الخصوم في الدعوى حتى تنقضى الحراسة بزوال مسببها ، ومن ثم فإن التمس على الحكم التناقص في هذا الخصوص يكون على غير أساس (نقض مدنى ٧ يولييه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٢ ص ٩٧٣) . وقد قضى بأنه يمكن تعيين ملاك الأهيان حراساً كل بقدر ما يوازى نصيبه ، بخلاف ما جرت عليه الأحكام من تعيين حارس أجنبى من الطرفين أوتعيين أحدهما ، ولعله الطريقة مزاياء ، منها تمكين طالب الحراسة الحق في دعواه من تسلم ما يوازى نصيبه في الحال والانتفاع به والشعور بالمعالة السريعة ، ومنها عدم انزعاج ما يخص المدعى عليه من الأجهان من يده وتركه عاطلاً بلا عمل ومنع قدخل أجنبى قد يتأثر شيئاً من غلة الأطنان ، ومنها اقتضاء نفقات الحراسة وكثير ما هي (إسكندرية مستجبل ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٢ الحريدة القضائية. ١٣٠ ص ١٣) . وقضى بأن المادة ٤٩١ مدنى (قديم) تقول للقضاء حق تعيين أحد الخصمين حارساً قضائياً ، فليس هناك ما يمنع من تعيين أحد الناظرين المتنازعين حارساً قضائياً على الوقت ، وليس في ذلك معنى الإفراط بالإدارة ، إذ تختلف طبيعة وآثار كل من حكم اقتضاء المستجبل والقرار الذي تصدره الجهة الشرعية ، فالأول مؤقت بطبيعته لفسورة تقضيه ، والثاني حاسم ينهى النزاع (مصر الكلية ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٣٩ الحماسة ٢٠ رقم ٣١٨ ص ٨٢٣) . وقضى على خلاف ما تقدم أنه لتعيين أحد الشركاء حارساً يجب أن يكون جميع الشركاء متفقين على تعيينه ، وإلا عن حارس أجنبى (استئناف مخطط ٢٢ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٠٩) . وعلى كل حال لا يجوز أن يمين حارساً الوارث الذي كانت حياته لتركه موضع الشكوى وسبباً في طلب الحراسة (استئناف مخطط ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٩٠) .

(٢) استئناف مخطط ٣ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٤ .

وتعين المحكمة من يقبل أن يكون جارسا دون أجر ، إذا كان متوافراً على الأمانة والكتابة المطلوبتين^(١) . وقد تعين أكثر من حارس واحد ، إذا اقتضى تنوع العمل ودقته تعدد الحراس^(٢) ، ويتحاشى ذلك بقدر الإمكان لما في تعدد الحراس من احتمال وقوع الخلاف والاضطراب في العمل^(٣) : وسواء كان تعين الحراس القضائي باتفاق ذوى الشأن جيماً أو كانت

(١) استئناف مخطط ١٣ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١١٢ - مصر مستعجل ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ٨٨ ص ٢١٥ - محمد علي راتب فقرة ٣٢٩ ص ٨٥٧ - وذلك ما لم يكن من يرشح نفسه للحراسة دون أجر بعيداً عن العين بحيث لا يتمكن من إدارتها إلا بوكيل (استئناف مخطط ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢١١) .

(٢) ويجعل ذلك كثيراً في الحراسة على الشركات ، فيعين الشريك القائم بأعمال الإدارة حارساً قضائياً لتبرته بالعمل ويعين معه حارس آخر تكون مهمته الرقابة وتسلم أمان المبيعات والإذن بالصرف (استئناف مخطط ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٦ - ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٣٠) . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يترتب على وفاة الحارس الأصل سقوط حراسة الحارس المنضم ، بل يبقى الحارس المنضم إلى أن يثبت القاضى أو يزيله (نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص ١٦١٢) . وانظر استئناف مصر ٢٤ مارس سنة ١٩٣٣ الهامة ١٤ ص ٤ - محمد علي راتب فقرة ٣٢٩ ص ٨٥٨ - ٨٥٩ .

ولما كانت المادة ٧٣٣ مدني تقضى بتطبيق أحكام الوديعة والوكالة فيما لم يرد فيه نص ، فإن المادة ٢/٧٠٧ مدني ، التي تقضى في الوكالة بأنه إذا عين الوكالة في عقد واحد دون أن يخصص في أفرادهم بالعمل ، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين إلا إذا كان العمل مالا يحتاج فيه إلى تبادل الرأي كقبض الدين أو وفاته، هي التي تسمى في حالة تعيين أكثر من حارس واحد (نقض مدني ٢٥ يولييه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٢ ص ٥٤٦ - استئناف مخطط أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥٩) . ومع ذلك فقد قضى بأنه إذا كان الحراس ثلاثة وتوفى أحدهم ، كان للحارسين الباقين أن يقوموا بما قد تمس إليه الحاجة ولا ينسحب له أجل الانتظار ، وتكون تصرفاتهما صحيحة إلى أن تقضى المحكمة المختصة بديلا عن المنوف، ولا تثلث الحركة وفات الفرض من تعين الحراس (استئناف مصر ٢٠ أبريل سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ٤٥ ص ٧٠ - ٤ مارس سنة ١٩٣٣ الهامة ١٤ رقم ٣ ص ٤ - نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص ١٦١٢ : لا يترتب على وفاة الحارس الأصل سقوط حراسة الحارس المنضم بل يبقى إلى أن يثبت القاضى أو يزيله) . وسكوت سائر الحراس دون اعتراض على تصرف أحدهم يعتبر موافقة منهم على هذا التصرف (استئناف مخطط ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ١٢٢) .

(٣) استئناف وطني ٢٨ أكتوبر سنة ١٩١٤ للرائع ٢ رقم ٨١ ص ٨٤ - وانظر في جواز اختيار المرأة حارساً قضائياً محمد علي راتب فقرة ٣٢٩ ص ٨٥٨ - وانظر في أنه يحسن عدم إسناد الحراسة إلى رؤساء الدول محمد عبد العلي فقرة ٣٠٨ ويشير إلى مصر مستعجل ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥١ قضية رقم ٢٧٥٩ سنة ١٩٥١ .

المحكمة هي التي عينته ، فلا بد من قبوله لمهمته ، إذ لا يجبر أحد على أن يكون حارساً^(١) . ولكن إذا صدر قبوله بعد صدور حكم الحراسة ، فإن صفة الحارس تثبت له من وقت صدور الحكم كما سئرى ، ولا تنتهي إلى وقت القبول .

٥١ - **التكليف القانوني لصفة الحارس القضائي** : وليست الحراسة القضائية بعقد وكالة ، لأن القضاء هو الذي يفرضها ولا يفرضها اتفاق ذوى الشأن . ولكن الحارس يصبح بمجرد تعيينه ، وبحكم القانون ، نائباً ، إذ يعطيه القانون سلطة في إدارة الأموال الموضوعة تحت حراسته . والنائبية هنا نيابة قانونية من حيث المصدر الذي يحدد نطاقها ، إذ القانون هو الذي يفرضها ويعين مدى السلطة فيها . وقد تختلط بنائبية قضائية ، إذا تدخلت المحكمة في تحديد سلطة الحارس . وهي على كل حال نيابة قضائية من حيث المصدر الذي يفضي على النائب صفة النائبية ، إذ القاضي هو الذي يعين الحارس القضائي ولو اتفق على شخصه ذوو الشأن جميعاً^(٢) . وفي رأينا أن الحارس القضائي ينوب عن صاحب الحق في المال الموضوع تحت الحراسة^(٣) . فإن كان معروفاً منذ البداية ، كما لو وضعت الحراسة على أموال المدين ، كان هذا

(١) محمد علي راتب فقرة ٣٣٩ ص ٨٦٧ هامش ١ - محمد كامل مرسي فقرة ٣٦١ - بودري وقال فقرة ١٢٩٢ - أوبري ورد وإسبان ٦ فقرة ٤٠٩ ص ١٩٤ - نقض فرنسي ٧ نوفمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ٩٩ - ١ - ٥٦٤ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا عين القاضي ناظر وقف حارساً على قطعة أرض متنازع عليها بين الوقف وجهة أخرى ، ولم يقبل الناظر حكم الحراسة ولا أن يكون حارساً ، بل استأنف الحكم طالباً ونقض دعوى الحراسة ، فإن عدم قبوله للحراسة - سواء أكان تعيينه فيها بصفته للشخصية أم بصفته ناظراً - لا يجعل المنازعة سيلاً إلى طالب الحساب منه ولا من يحمل حمله في النظارة (نقض مدني ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٥ ص ٨٦٧) . وقضى بأنه إذا اعتذر الحارس المعين من محكمة ثانية درجة عن قبول الحراسة ، فلصاحب المصلحة في الحراسة أن يلجأ إلى هذه المحكمة نفسها طالباً بتعيين آخر بدلاً منه لأداء ذات المأمورية (إسكندرية استئناف ٢٥ مايو سنة ١٩٥٨ قضية رقم ١٧٦ سنة ١٩٥٨) .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٨٣ ص ١٩٠ وهامش ١ - عبد الحكيم فراج فقرة ٥٣ - وقارن استئناف مخطوط ٨ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٧ .

(٣) بلانويول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٧ ص ٥٤٢ - استئناف مخطوط ٦ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨٨ ص ٢٢٧ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٩٠ - ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٤٨ - مصر الجزئية المخططة أول فبراير سنة ١٩٣٨ جازيت ٣٠ رقم ٤٩ ص ٥٦ - وقارن استئناف مخطوط ٣ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٧٧ .

المدين هو الأصيل وكان الحارس القضائي نائباً عنه . وإن لم يكن معروفاً منذ البداية ، كما لو وضعت الحراسة على مال يتنازع شخصان ملكيته ، كان الحارس القضائي نائباً عن أى من الشخصين يظهر بعد حسم النزاع أنه هو المالك للمال ، فيكون نائباً عن شخص غير معين ولكنه قابل للتحديد^(١) .

وتثبت للحارس القضائي صفته كتائب بمجرد صدور حكم الحراسة ، شأنه في ذلك شأن الوصى والقيم وناظر الوقف والسنديك . وكل حكم يسبغ صفة على شخص يكون نافذاً في إسباغ هذه الصفة على الشخص بمجرد صدوره ، ولا يحتاج في ذلك إلى إعلانه للمحكوم عليه . وإنما يحتاج الحكم إلى الإعلان والتكليف بالوفاء إذا ألزم المحكوم عليه بأداء أمر معين ، فيعلن المحكوم عليه بالحكم ويكلف بالوفاء ودياً حتى يتقى التنفيذ الجبري وما يجره من متاعب ونفقات . أما أن تثبت للحارس صفته كتائب ، فذلك ما لا يحتاج إلى أداء أمر معين يحتمل التنفيذ الجبري ، ومن ثم تنفي حكمة الإعلان والتكليف بالوفاء . فإن اشتمل حكم الحراسة على أداء أمر معين ، كتسليم الأموال الموضوعة تحت الحراسة ، فإنه يجب عند ذلك إعلانه للمحكوم عليه وتكليف هذا بتسليم الأموال للحارس^(٢) . لكن إذا اقتصر الأمر على ثبوت صفة النيابة ، كما إذا أراد الحارس مقاضاة المستأجر لعين الموضوعة تحت الحراسة بصفته حارساً ، فالنيابة ثابتة بمجرد صدور حكم الحراسة كما قلنا ، وللحارس أن يقاضى المستأجر بمجرد صدور هذا الحكم وقبل إعلانه ، ولا تدفع دعواه ضد المستأجر بعلم القبول يزعم أنها مرفوعة من غير ذي صفة^(٣) .

(١) قارن عبد الحكيم فراج فقرة ٣٦٩ - محمد عبد الطيف فقرة ٢٩٦ - مصر مستعجل . ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٤٧١ ص ١٠٨٥ - ١٤ يونيو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ رقم ٢٠٤ ص ٤٨٧ .

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٥١ - فقرة ٣٥٢ - محمد علي رشدي فقرة ٢٧٠ ص ٣٧٢ - محمد علي راتب فقرة ٣٣٢ وقرة ٣٣٩ - محمد عبد الطيف فقرة ٢٩٧ .

(٣) مصر الكلية ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٥ رقم ١٦٤ ص ٣٦٣ - مصر مستعجل . ١١ شبتمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٧٧ ص ٦٤٣ - وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الحارس القضائي يستحق سلطته من الحكم الذي يقيمه ، وتثبت له صفته بمجرد صدور الحكم دون حاجة إلى أي إجراء آخر . وإن ظن للحارس بمجرد صدور الحكم بإقامته أن يقاضى من العين .

٤٥٢ - ما يترتب على أنه الحارس القضائي نائب من صاحب

الحق في المال الموضوع تحت الحراسة : سنرى فيما يلي أن العلاقة بين النائب والأصيل تتكشف عن التزامات في جانب الحارس القضائي وعن حقوق له بنحبه تفصيلا في مكانها . ويبقى أن نبحث هنا في إيجاز علاقة الحارس القضائي بالغير الذي يتعاقد معه ، وعلاقة الأصيل بهذا الغير . وفي كلتا العلاقات يجب تطبيق أحكام النيابة ، كما طبقناها عندما يعمل الوكيل باسم الموكل^(١) . وقد قلنا عند الكلام في الوكالة أن التصرف القانوني الذي يجريه

الموضوع تحت حراسته ، ولو لم يكن حكم الحراسة قد أعلن قبل رفع الدعوى . وإذا كان القانون لا يوجب إعلان الأحكام إلا توسلا لتنفيذ الجبري ، فلا يكون إعلان حكم الحراسة إلى المحكوم عليه واجبا إلا إذا أريد تنفيذه بتسلم الأعيان محل الحراسة (تقض مئ ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٤ ص ٦٠٧) . وانظر أيضاً تقض مئ ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام التقض ٢ رقم ١١٥ ص ٧٢١ (وقد قضى بأنه يترتب على مجرد صدور حكم في مواجهة الناظر بإقامة حارس على نصيبه في الوقف أن تثل يده عن إدارة هذا النصيب دون حاجة إلى أي إجراء آخر) - ويقول حكم محكمة التقض الأول في الرد على القول بأن الحراسة القضائية وديمة فلا تنفذ قانوناً في عهد التقنين المذق القديم إلا بتسلم الأعيان موضوع الحراسة : إن الحراسة القضائية ، وإن كانت تشبه الوديعة في بعض صورها في حالة وقوع الحراسة على منقول فقط ، فإن هذا لا يجعلها وديمة في طبيعتها ولا في كل أحكامها : مجموعة عمر ٥ ص ٦١٠ . وقضت محكمة استئناف مصر بأن حكم الحراسة مصدر من مصادر إنشاء النيابة القضائية ، مثل الوصاية والقوامة ونظارة الوقف والوكالة عن الدائنين وغير ذلك . وكلها صفات تلحق بصاحبها كآثر من آثار الحكم أو القرار المذمى . لما ، وهو أثر حكى ليس في طبيعته ما يستلزم التنفيذ الجبري الذي نظم إجراءاته قانون المرافعات (القديم) في الباب التاسع منه ، ذلك التنفيذ الذي يتضمن إكراه المدين على أداء أمر معين كمثل أودين . والمحكمة في اشتراط سبق إعلان الحكم والتنبيه على المدين بالوفاء قبل الشروع في التنفيذ الجبري عملا بنص المادتين ١١٢ و ٣٨٤ مرافعات (قديم) هي تمكين المطلوب التنفيذ ضده من الوفاء ودياً بما هو مطلوب منه حتى يوق نفسه متاعب ونفقات التنفيذ الجبري . وليس في الحكم بتنصيب الحارس ومنحه هذه الصفة - ليس في ذلك وحده إنزام المحكوم عليه بأداء أمر معين يمكن أن يقع به ودياً قبل التنفيذ به عليه جبراً ، ومن ثم تقتضي حكمة الإعلان والتنبيه في هذه الحالة . فإن اشتمل حكم الحراسة على قضاء بإلزام المحكوم عليه بشيء معين كالإسليم مثلاً ، وجب إعلان المحكوم عليه قبل التنفيذ بذلك . فالمدعي حارساً من المحكمة ثبت له هذه الصفة من يوم صدور الحكم بتعيينه حارساً ، وتكون الدعوى المرفوعة منه من ذي صفة مقبولة ، ولو لم يسبقها إعلان حكم الحراسة (استئناف مصر ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٨ ص ٢٦٧) .

(١) انظر أننا فقرة ٣٠٠ وما بعدها .

النائب يقوم على إرادة النائب وحدها ، لا إرادة الأصيل ولا الإرادة المشتركة لكل من النائب والأصيل . وتقضي أحكام النيابة كذلك بأن ينصرف أثر التصرف الذي يجريه النائب إلى شخص : لأصيل لا إلى شخص النائب .

وعلى ذلك يقوم التصرف الذي يجريه الحارس القضائي على إرادته هو ، لا على إرادة الأصيل صاحب الحق في المال الموضوع تحت الحراسة . ويرتب على ذلك أن تكون إرادته خالية من العيوب ، وإلا كان العقد الذي يبرمه مع الغير قابلاً للإبطال : ويكون شخص الحارس القضائي هو أيضاً محل الاعتبار في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً ، كحسن النية وسوء النية وكالعلم أو الجهل بظروف معينة متصلة بالتعاقد^(١) . وعلى ذلك أيضاً لا ينصرف أثر التصرف الذي يجريه الحارس القضائي إلى شخصه ، بل ينصرف إلى شخص الأصيل صاحب الحق في المال الموضوع تحت الحراسة^(٢) . ولا يكون الحارس مسئولاً قبل الغير إلا إذا ارتكب خطأ يستوجب مسئوليته ، كما إذا جاوز حدود السلطة المخولة له في الحراسة ، فبرجع عليه الغير بالتعويض إذا كان يجهل بمجاوزة الحارس لحدود سلطته وكان معلوراً في هذا الجهل^(٣) .

(١) انظر آتفاً فقرة ٣٠١ .

(٢) انظر آتفاً فقرة ٣٠٢ .

(٣) انظر آتفاً فقرة ٣٠٣ - عهد الحكيم فراج فقرة ٣٩٣ - محمد علي عروة ص ٥٤٧ - استئناف مخطط ٦ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٧ - ٢٨ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٩ - ومن يتعامل مع الحارس يجب عليه أن يطلب منه إثبات صفته وسلطته (استئناف مخطط ٩ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ١٢) - وإذا ارتكب الحارس خطأ في حدود نيابته ، فإنه يلزم صاحب المال نحو الغير ، ويرجع صاحب المال على الحارس (استئناف مخطط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٣٤٨ - ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٢) . أما إذا ارتكب خطأ خارج حدود نيابته ، فإنه يكون هو وحده المسئول ، كالموابع محمول المتأخر دون وجه صفه (استئناف مخطط أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥٩ - ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٦) .

ومن جهة أخرى يكون الحارس مسئولاً نحو الغير عن المال الذي في حراسته مسئولية الحارس عن الأشياء (نقض فرنسي ٥ مارس سنة ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٣ - ٤٧٣ - باريس ٢٨ يولييه سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠١ - ٢ - ١٧) . يكون كذلك مسئولاً نحو الغير إذا سرق منه سنة كحارس وأومعه أنه هو المالك (استئناف مخطط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٩١) - ولكنه لا يكون مسئولاً إذا آجر الأعيان دون أن يعلم أنها أوجرت قبل ذلك (استئناف مخطط ٣ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٠٠) .

وعلى ذلك أخيراً لا يتصرف أثر التصرف الذى يجريه الحارس إلى صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة إذا خرج هذا التصرف عن حدود نيابته ، كأن خرج عن حدود أعمال الحفظ والإدارة المخولة له بموجب القانون أو بموجب حكم الحراسة ، وتصرف مثلاً بالبيع فى المال الموضوع تحت حراسته ، أو أجرة المال بالممارسة وكان حكم الحراسة يلزمه بأن يؤجر بالزاد ، أو أبرم عقداً بعد انتهاء الحراسة أو بعد صدور حكم القضاء بعزله^(١) . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز الاحتجاج على المالك بعقد الإيجار إذا كان قد صدر بطلاً ممن لا حق له فى التأجير أو ممن جاوز حدود حقه فى الإدارة ، كالحارس القضائى الذى يخرج على قواعد التأجير الصالح النافع للمصلحة المشتركة^(٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بعدم سريان عقد الإيجار الذى أبرمه الحارس لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، مجاوزاً حدود نيابته بعدم حصوله على ترخيص من المحكمة يجيز له تأجير أعيان الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنوات^(٣) . على أنه إذا أقر الأصيل الأعمال التى جاوز فيها الحارس حدود سلطته ، تفيد بها وأصبحت ملزمة له^(٤) .

٤٥٣ - تنهى الحارس القضائى عن الحراسة : إذا جدد عند الحارس القضائى أسباب تجعل مضيه فى الحراسة متعللاً ، كأن مرض أو اضطر إلى السفر أو عجز عن العمل أو قامت صعوبات أمامه من الخصوم المتنازعين فى سبيل تنفيذ حكم الحراسة على الوجه الصحيح أو ضاق وقته عن القيام بأعمال الحراسة ، جاز أن يطلب إعفائه من مهمته . ويرفع الطلب إلى المحكمة التى عينته ولو

(١) انظر فى كل ذلك استئناف مخطوط ٥ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٦٤ - ٩ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٣٩ - محمد على راتب ٣٤٨ .

(٢) قاض مدنى ١٠ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٨ ص ٢٥٧ - وفى الحراسة الاتفاقية قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت ورقة الاتفاق التى بمقتضاها عين ثلاثة أشخاص حراساً على أعيان وقف قد حظرت عليهم أن ينفرد بهم بلى عمل وإلا كان باطلاً ، ثم أجرة أحدهم وحده هذه الأرض ، فإن الوقف لا يتحمل نتيجة عمل هذا الحارس ولو كان المستأجر حسن النية (نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٢ ص ١١٠٩) .

(٣) استئناف مخطوط ٦ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٣٩ .

(٤) استئناف مخطوط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٢٢ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٩٢ -

فقرة ٣٩٥ .

كانت محكمة ثاني درجة ، كما يجوز أن يرفع الطلب إلى القضاء المستعجل ولولم يكن هذا القضاء هو الذي عينه وذلك عند الاستعجال^(١) .

وتقدر المحكمة أسباب التنجي ، فإن رأها وجبة أعفت الحارس من الحراسة وعينت آخر مكانه ، وإلا رفضت التنجي وألزمت الحارس بالبقاء في الحراسة التي سبق له أن قبلها^(٢) .

٤٥٤ - طلب عزل الحارس القضائي واستبدال أمر به : وقد توجه إلى الحارس مطاعن تستوجب عزله ، كما إذا قام الدليل على أنه ينحاز لبعض الخصوم المتنازعين ، أو يهمل إدارة الأعيان إهمالاً يضر بأصحابها ، أو يهمل حفظها بما يجعلها عرضة للتلف أو الهلاك أو الضياع ، أو يتصرف في الربيع تصرفاً غير أمين ، أو يبدد هذا الربيع أو يبدد الأموال الموضوعة تحت حراسته^(٣) . بل يجوز طلب استبدال حارس تتوافر فيه الصفات المطلوبة ويقبل الحراسة دون أجر بالحارس الذي سبق تعيينه بأجر ولولم توجه إلى هذا الأخير أية مطاعن تستوجب عزله ، ويكون إحلال حارس بغير أجر محل حارس بأجر سبباً كافياً لجواز الاستبدال^(٤)

وترفع دعوى عزل الحارس واستبدال غيره به أمام القضاء للمستعجل عند

(١) استئناف مخطوط ١٥ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢١٦ - ١٢ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٨٣ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٨ - مصر مستعجل ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ الجريدة القضائية ٦ عدد ٣٠ ص ١٠ .

(٢) انظر في هذه المسألة عبد الحكيم فراج فقرة ٤٢٢ - محمد حل راتب فقرة ٣٥٦ - محمد عبد الطيف فقرة ٣٤٦ - وقد قضى بأن الحارس لا يمكنه أن يتدخل عن حراسته بمجرد إرادته ، ولا يقبل منه التدخل إذا اتضح أن هذا يلحق ضرراً بالمتخاصمين (كفر الزيات ٦ يناير سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٦٩ ص ٤٧) .

(٣) استئناف وطني ١٠ يونيو سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٢٢٢ - أو يبطل في أعمال إدارته أو في تقديم الحساب أو يعرقل أعمال الخير (استئناف مخطوط ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ١٤٢) - أو تنزع ملكيته من بعض أمواله ويقف موقف الممسر (مصر الكلية ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٩ رقم ٢٩٦ ص ٧٢٣) - أو يرس المزاد على أغنيه ويتفق مصروفات مثال فيها (استئناف مخطوط ١٦ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٢٦) - أو يتخلف الحارس المتعدون على الإدارة (استئناف مخطوط ١٥ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢١٦) .

(٤) استئناف مخطوط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥ - مصر مستعجل ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٢ ص ٤٨١ - محمد حل عرقه ص ٥٥٥ .

الاستعجال . ويجوز رفعها أيضاً أمام المحكمة التي عينت الحارس ، إلا إذا كان الحارس قد عين من محكمة ثانية درجة فيتعين رفع الدعوى في هذه الحالة أمام محكمة أول درجة^(١) . وهذا بخلاف تنحي الحارس ، فقد تقدم أنه يجوز رفع طلب التنحي إلى المحكمة التي عينت الحارس ولو كانت محكمة ثانية درجة لأن التنحي ليس خصومة تقتضي أن تنظر أمام درجتين^(٢) . ويجوز رفع دعوى العزل والاستبدال من أى شخص له مصلحة فيها ولو لم يكن نفس الشخص الذي طلب تعيين الحارس^(٣) ، كما يجوز أن يتدخل في الدعوى كخصم ثالث كل من له مصلحة في طلب عزل الحارس ، أما من ليست له مصلحة فليس له التدخل^(٤) . وترفع الدعوى في مواجهة الخصوم في دعوى الحراسة^(٥) وفي مواجهة الحارس المطلوب عزله . ويجوز في حالة الاستعجال الشديد رفع طلب العزل والاستبدال بعريضة تقدم إلى قاضي الأمور الوقفية ، ويصدر هذا أمراً على العريضة بعزل الحارس وتعيين حارس آخر مكانه^(٦) .

وتفحص المحكمة - القضاء المستعجل^(٧) أو المحكمة التي عينت الحارس - ظاهراً المستندات ، فإذا تبينت جدية المطاعن التي وجهت إلى الحارس ، قضت بعزله واستبدال آخر به^(٨) ، أو قضت بإقامة حارس آخر معه إذا رأت في هذا

(١) استئناف مخطط ١٩ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٨٢ .

(٢) محمد علي راتب فقرة ٣٥٧ ص ٩٠٠ هامش ٣ .

(٣) استئناف مخطط ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٦٨ .

(٤) محمد علي راتب فقرة ٣٥٧ ص ٩٠٢ هامش ١ ويشير إلى إسكندرية مستجل ٢٣

تقارير سنة ١٩٥٤ قضية رقم ١٥٩٠ سنة ١٩٥٢ .

(٥) استئناف مخطط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٣ - ١٥ مايو سنة ١٩١٨

م ٣٠ ص ٤٣٠ - المنيا الجزئية ٩ مارس سنة ١٩٤١ المضافة ٢١ ص ١٠٩٥ .

(٦) بودري وقال فقرة ١٢٨٧ - بلانيولوربيير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩٥ ص ٥٢٩ -

محمد علي راتب فقرة ٣٥٧ ص ٩٠١ .

(٧) وقد قضى بأن قاضي الأمور المستعجلة مختص في حالة الاستعجال بنظر دعوى إقامة

الحارس من الحراسة ، ولو كانت دعوى الموضوع التي ترتب عليها تعيين الحارس منظورة أمام

محكمة الاستئناف (كفر الزيات ٦ يناير سنة ١٩١٣ الشرائع رقم ٦٩ ص ٤٧) - وانظر

استئناف مخطط ١٢ مارس سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ١٨٣ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥

ص ٢٥٧ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٨ .

(٨) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع هو أن المطاعين الثلاثة الأولين أقاموا -

الإجراء ما يكفي وأن فيه مصلحة لطرفي الخصومة . ويجوز في هذه الحالة للحارس المعزول استئناف الحكم بعزله ، ولو لم يتعرض هذا الحكم للاتهامات المسندة إليه مادام أنه لم ينفها عنه^(١) . أما إذا رأت المحكمة أن المطاعن غير جدية ، أو أنها ليست من الخطورة بحيث تستدعي عزل الحارس كأن نسب إليه أنه تأخر في تقديم كشوف الحساب أو فصل أحد العمال بغير حق أو رفض إعطاء عامل شهادة بإخلاء الطرف عند فصله^(٢) ، أو أن ظاهر المستندات لا يكفي في ترجيح إحدى وجهتي النظر على الأخرى وأن الأمر يحتاج إلى فحص موضوعي كالتحقيق أو نذب خبير أو توجيه الجين أو تطبيق المستندات على الطبيعة ، فإنها تقضي في جميع هذه الأحوال بعدم الاختصاص لانعدام عنصر الاستعجال . ومن ثم يبقى الحارس ، وعليه أن يؤدي حساباً لنوى الشأن ، ولم يقاضاته أمام محكمة الموضوع المختصة بنظر الحساب ، وهذه المحكمة هي التي تقوم بالفحص الموضوعي من تحقيق وتعيين خبير وما إلى ذلك^(٣) .

وبمجرد صدور الحكم بعزل الحارس ، يفقد صفته دون حاجة لإعلانه بهذا الحكم ، كما كسب صفته بمجرد صدور الحكم بتعيينه . وجميع التصرفات التي يجريها بعد صدور الحكم بعزله تعتبر صادرة خارج حدود نيابته .

٥- الدعوى بطلب عزل الطعون عليه من الحراسة على السيارة موضوع النزاع : تأسيساً على أنه خالف الحكم القاضي بتعيينه إذ انفرد بقبض بعض مبالغ عن إيرادات السيارة واستباحها لنفسه ، وكان الحكم المطعون فيه ، إذ استبعد البحث في الأوراق المقدمة من الطعون عليه والتي طعن أحد هؤلاء الطاعنين فيها بالتزوير ، قرر أن الدعوى غلو من الدليل المثبت لها ، مع أنه باستبعاد هذه الأوراق يبقى في الدعوى ما يؤسسها عليها الطاعنون من أن الطعون عليه قبض مبالغ من الشركة المستقلة السيارة ولم يوزعها على أصحاب الحق فيها ، مستغلين على ذلك بالكشف الصادر من هذه الشركة ، وهو ما أعطى به الحكم الابتدائي خلا الحكم المطعون فيه من التحدث عنه ، فإن هذا الحكم يكون تاسراً قصوراً يستوجب نقضه ، إذ هو طرح الدليل الذي اعتمد عليه الطاعنون دون أن يبين سبب هذا الاطراح مع لزوم هذا البيان (نقض مدق ٧ يولييه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٢ ص ١٩٨٤) .

(١) نقض مدق ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص ١٦١٢ - استئناف غلط ١٥ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٣٠ .

(٢) استئناف غلط ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٧ .

(٣) محمد علي راتب فقرة ٣٥٧ ص ٨٩٩ - ص ٩٠٠ - محمد عبد الحفيظ فقرة ٣٢٧ -

فقرة ٣٢٩ - ولا يكفي توجيه مطاعن فاضحة غير محددة على إدارة الحارس (استئناف غلط ٢٩ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٤٥) .

الفصل الثاني

آثار الحراسة

(التزامات الحارس وحقوقه)

٤٥٥ - نص قانوني - يبين التزامات الحارس وموقفه: تنص المادة ٧٣٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

ويحدد الاتفاق أو الحكم القاضي بالحراسة ما على الحارس من التزامات وما له من حقوق وسلطة ، وإلا فتطبق أحكام الوديعة وأحكام الوكالة بالقدر الذي لا تعارض فيه مع الأحكام الآتية^(١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم ، ولكن هذه الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٦٩٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٣٣ - ولأقابل للنص في التقنين المدني العراقي - ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧٢٠/٣^(٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠١٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٦٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٨ - ص ٢٨٩) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٩٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٣٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا يشمل على نصوص في الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣/٧٢٠ : إن حقوق الحارس وموجباته تحدد في قرار المحكمة القاضي بتعيينه ، وإلا فهي تخضع للقواعد الخاصة بالحارس الاتفاق . (وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

ويخلص من هذا النص أنه إذا كانت الحراسة اتفاقية ، فإن عقد الحراسة يبين سلطة الحارس وما عليه من التزامات وما له من حقوق . أما إذا كانت الحراسة قضائية ، فإن الحكم القاضي بالحراسة هو الذى يبين ذلك . وقد ينص ، فى منطوقه أو فى أسبابه ، على تضييق سلطة الحارس ، كأن ينص على حق الحارس فى زراعة الأطنان الموضوعة تحت الحراسة أو فى تأجيرها بالمراد العائى ، فلا يجوز تأجيرها بالممارسة^(١) ، أو فى التأجير مدة لا تزيد على سنة بدلا من ثلاث سنوات ، أو ينص الحكم على عمل الحرد بشكل معين أو بحضور أشخاص معينين ، أو على منع الحارس من بعض أعمال الإدارة بالذات ، أو على ضم حارس آخر إليه بحيث لا يجوز لأيهما الانفراد بالعمل^(٢) . وقد ينص الحكم على توسيع سلطة الحارس ، كأن يميز له التأجير لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، أو الانفراد بالعمل مع وجود حارس منضم ، أو الإعفاء من التقدم بحساب سنوى والاكتفاء بحساب عند انتهاء الحراسة ، أو القيام ببعض أعمال التصرف كإجراء تحسينات فى الأعيان أو بيع ما يكون معرضاً للتلف أو ما يتكلف حفظه نفقات جسيمة^(٣) . ويجب فى جميع الأحوال أن يلتزم الحكم ، فى بيان سلطة الحارس ، حدود الإجراءات التحفظية الموقفة دون أساس بموضوع الحق^(٤) .

فإذا خلا الاتفاق أو الحكم من بيان سلطة الحارس وما عليه من التزامات وما له من حقوق ، فإن القانون قد تكفل ببيان ذلك . والأصل هو تطبيق

(١) استئناف مخطوط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٤٥ .

(٢) محمد على راتب فقرة ٣٤٦ ص ٨٨١ .

(٣) كذلك يجوز للمحكمة تعديل مأمورية الحارس القضائى إذا تثيرت وقائع الدعوى أو حصل تعديل فى مركز الخصوم القانونى . فإذا كان حكم الحراسة قد قضى بإلزام الحارس بإيداع صافي ريع الأموال الموضوعة تحت الحراسة غزاة المحكة لوجود نفود فى الشركة تكن لوفاء دين البنك ، ثم شرع البنك فى نزع ملكية الأطنان المرهونة ، جاز تعديل مأمورية الحارس والترخيص له فى وفاة الدين من الربيع بدلا من إيداع الربيع غزاة المحكة (محمد على راتب فقرة ٣٥٨) . وقضى بأنه يجوز مد الحراسة إلى الزراعة المحجوز عليها والقائمة على الأرض الموضوعة تحت الحراسة ، وذلك لجمعها ويحيا (استئناف مخطوط ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٠) .

وانظر فى هذه المسألة محمد على راتب فقرة ٣٥٨ .

(٤) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٦ .

أحكام الوديعة وأحكام الوكالة ، مع عدم الإخلال بالأحكام التي أوردتها في نصوص سيأتي ذكرها .

ويمكن أن يستخلص من هذه النصوص ومن أحكام الوديعة والوكالة أن الحارس يلتزم بما يلتزم به المودع عنده وبما يلتزم به الوكيل ، وهذه الالتزامات هي التي تحدد في الوقت ذاته سلطته . وللحارس حقوق المودع عنده وحقوق الوكيل .

ولما كانت التزامات المودع عنده هي تسليم الشيء والمحافظة عليه ورده ، وكانت التزامات الوكيل تنفيذ الوكالة (وتنفيذ الوكالة في الحراسة هو إدارة الأموال) وتقديم حساب عنها ورد ما يكون للموكل عند الوكيل ، فإنه بخلص من إدماج هذه الالتزامات بعضها ببعض أن الحارس ، قضائياً كان أو اتفاقياً ، يلتزم بما يأتي : (١) تسليم المال والمحافظة عليه . (٢) إدارة المال . (٣) تقديم الحساب . (٤) رد المال^(١) .

ولما كانت حقوق المودع عنده هي تقاضي الأجر واسترداد المصروفات والتعويض ، وكانت حقوق الوكيل هي نفس حقوق المودع عنده ، فإنه بخلص من ذلك أن حقوق الحارس ، قضائياً كان أو اتفاقياً ، هي : (١) تقاضي الأجر . (٢) استرداد المصروفات والتعويض^(٢) .

فنبحث : (أولاً) التزامات الحارس - (ثانياً) حقوق الحارس^(٣) ..

(١) ويقوم التضامن فيما بين الحراس المتعديين في هذه الالتزامات ، في الحدود التي يقوم فيها بين الوكلاء المتعديين (انظر آنفاً فقرة ٢٦٠) ، إذ أن أحكام الوكالة تسري على الحراسة فيما لا تتعارض فيه مع نص خاص .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يحدد الاتفاق أو الحكم القاضي بالحراسة التزامات الحارس وحقوقه . فإذا لم يحدد شيء من ذلك ، تسرى في شأنه أحكام المواد ١٠٢٠ إلى ١٠٢٤ . وتكل أحكام هذه المواد بأحكام الوديعة وأحكام الوكالة بالقدر الذي ينطبق مع طبيعة الحراسة ، لأن الحارس منوط به حفظ الشيء كالوديعة ، وإدارته كالوكيل » (مجموعة الأعمال التفسيرية « ص ٢٨٨ ») .

ويقوم التضامن فيما بين طرفي الخصومة نحو الحارس كما سئرى (انظر ما يلي فقرة ٤٧٩) .. (٣) والذي يطالب الحارس بالتزاماته ويطالبه الحارس بحقوقه هو صاحب المال الموضوح تحت الحراسة ، أو من يظهر أنه صاحب المال بعد حسم النزاع ، ويكون ذلك عادة بعد انتهاء الحراسة ورجوع المال لصاحبه .

الفرع الأول التزامات الحارس

المبحث الأول تسليم المال والمحافظة عليه

٤٥٦ — نص فانورنى : تنص المادة ٧٣٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ — يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال الموهدة إليه حراستها .
ويؤدرة هذه الأموال . ويجب أن يئذل فى كل ذلك عناية الرجل المعتاد ؛
٢ — ولا يجوز له ، بطريق مباشر أو غير مباشر ، أن يحل محله فى أداء
مهمته كلها أو بعضها أحد ذوى الشأن ، دون رضاء الآخرين^(١) . ولا مقابل .
لنص فى التقنين المدني القديم ، ولكن هذه الأحكام كان معمولاً بها دون نص .
ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى . فى التقنين المدني السورى
المادة ٧٠٠ — وفى التقنين المدني الليبى المادة ٧٣٤ — ولا مقابل للنص فى التقنين
المدنى العراقى — ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبناى المادة ١/٧٢٢
والمادة ٧٢٦^(٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٠٢٠ من المشروع التمهيدى عل وجه .
يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدني الجديد . وفى لجنة المراجعة أدخلت عليه تعديلات لفظية .
طفيفة فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٧٦٦ فى المشروع
النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣٤ (مجموعة
الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٩ — ص ٢٩١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السورى م ٧٠٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبى م ٧٣٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقى : لا يشتمل على نصوص فى الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبناى م ١/٧٢٢ : يقوم الحارس بحفظ الشئ . وإدارة شئونه .

م ٧٢٦ : إذا فطت الحراسة بئدة أشخاص ، فالتضامن يوجب حتماً بينهم طبقاً لقواعد
المختصة بالوكالة .

(وأحكام التقنين اللبناى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

٤٥٧ - التزام الحارس بتسليم المال : يبدأ الحارس بتسليم المال الموضوع تحت الحراسة ، ويتسلمه من يد حائزه . وكما أن التسليم التزام في جانب الحارس ، هو أيضاً حتى يستطيع أن يتقاضاه عند الحاجة بطريق التنفيذ الجبرى ، إذا كانت الحراسة قضائية ، بموجب حكم الحراسة بعد إعلان الحكم للحائز وتكليفه بالتسليم^(١) .

ويقوم بمجرد المال عند تسلمه ، أو يراجع محضر الجرد الذى يكون قد حرر من قبل^(٢) . ويثبت في المخضر المال الذى نص الحكم على فرض الحراسة عليه وتوابعه على النحو الذى يبيناه فيما تقدم^(٣) .

وقد يكون التسليم حكماً بأن يكون المال موجوداً في يد الحارس من قبل ، كما إذا كان أحد الخصمين هو الذى عين حارساً وكان المال في يده ، فيبقى المال في يده ولكن على سبيل الحراسة .

ولما كانت الحراسة لانتقل ملكية المال إلى الحارس ، بل يبقى المال ملكاً لصاحبه أولئك سيحكم له بذلك بعد حسم النزاع ، فإن تبعة هلاك المال بعد التسليم تكون على المالك ، وقد قدمنا مثل ذلك في الوديعة^(٤) .

٤٥٨ - التزام الحارس بالمحافظة على المال : ويلتزم الحارس بالمحافظة على المال الذى تسلمه ، والتزامه بالمحافظة عليه كاللزام المودع عنده بالمحافظة على المال المودع التزام ببذل عناية . وقد وضع المشرع معياراً لهذه العناية هو « عناية الرجل المعتاد » ، إذ يقول في الفقرة الأولى من المادة ٧٣٤ مدني سالفة الذكر : « ويجب أن يبذل في كل ذلك عناية الرجل المعتاد » . وفي هذا تختلف الحراسة عن الوديعة ، فقد قدمنا في الوديعة أنه يجب التمييز بين ما إذا كانت الوديعة بغير أجر فيجمع ما بين المعيارين الشخصى والمادى ويكون المودع عنده ملزماً بأن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله دون

(١) انظر آتفاً فقرة ٤٥١ .

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨١ - محمد علي راتب فقرة ٣٤٠ - محمد عبد الغني

فقرة ٣٢٠ .

(٣) انظر آتفاً فقرة ٤٤٨ .

(٤) انظر آتفاً فقرة ٣٥٣ .

أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد ، وبين ما إذا كانت الوديعة بأجر فيكون المعيار مادياً ويجب على المودع عنده أن يبذل من العناية ما يبذله الرجل المعتاد^(١). أما هناك في الحراسة فالمطلوب من الحارس في جميع الأحوال - أي سواء كان الحارس بأجر كما هو الغالب أو كان بغير أجر كما يقع في بعض الأحيان - هو أن يبذل عناية الرجل المعتاد . فإذا لم يبذل هذه العناية ، حتى لو أثبت أن العناية الأقل التي بذلها فعلا هي العناية التي يبذلها في حفظ مال نفسه ، كان مع ذلك مستولاً ، لأنه ملزم ببذل عناية الرجل المعتاد ولو كانت هذه العناية تزيد على عنايته الشخصية . ومن هنا نرى أن مسئولية الحارس في المحافظة على المال تزيد في مجموعها على مسئولية المودع عنده ، ويظهر ذلك فيما إذا كان الحارس غير مأجور وكانت عنايته الشخصية تقل عن عناية الرجل المعتاد إذ يبقى مع ذلك ملزماً ببذل عناية الرجل المعتاد . وبعلل ذلك عادة بأن الحارس ، قضائياً كان أو اتفاقياً ، بخلاف المودع عنده ، مفروض إلى حد ما على طرفي النزاع بحكم ظروف المنازعة ، فليس لهذين الحريّة الكاملة في وضع المال تحت الحراسة ولا في اختياره ، ومن ثم تشدد المشرع في مسئوليته^(٢).

وتطبيقاً لذلك يلتزم الحارس بصيانة المال الموضوع تحت حراسته . فإن كان أرضاً زراعية ، وجب عليه أن يزرعها طبقاً للأصول المألوفة في الزراعة ، أو أن يؤجرها ويطلب المستأجر ببذل عناية الرجل المعتاد في صيانة الأرض وزراعتها . وإن كان مبنى ، وجبت عليه صيانته وحفظه من التداعى والسقوط . وإن كان آلات أو بضائع أو منقولات ، وجب عليه حفظها من

(١) انظر آتفاً فقرة ٣٥٩ .

(٢) ونقول المذكورة الإيضاحية الم شروع التهيؤ في هذا الصدد : « يلتزم الحارس بالمحافظة على الأحوال وإدارتها إدارة حسنة ، فيطلب منه أن يبذل فيها عناية الرجل المعتاد (١٠٢م) فقرة أول) ، ولا يكفي منه بالعناية التي يبذلها عادة في شؤونه الشخصية إذا كانت دون المتوسط كما في الوديعة والوكالة . وذلك لأن ظروف المتنازعين هي التي فرضت على حد ما عليه ، فلم يملك كل منهما حل حريته في وضع المال تحت الحراسة وفي تعيين شخص الحارس » (مجموعة الأعمال التفسيرية ص ٢٩٠) . وانظر عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٧ - محمد علي رشدي فقرة ٢٧٤ - محمد علي راتب فقرة ٣٤١ ص ٨٧٠ وعامش ١ (عكس ذلك محمد علي راتب الملحة لقائمة فقرة ٨٣٦) - محمد عبد الحليف فقرة ٣٢١ - وقرب استئناف غنطط ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٨٧ .

التلف والملاك والضياع^(١) . ويجب عليه ألا يقتصر في الحفظ على الأعمال المادية . بل يجاوز ذلك إلى اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة للمحافظة على المال . فيقطع التقادم ، ويقيد الرهن ، ويجدد القيد ، ويوقع الحجز الاحتفظية ؛ ويرفع الدعاوى المستعجلة ودعاوى الحياة^(٢) ، ويدافع في القضايا التي ترفع على الحراسة^(٣) . وإذا كان حارساً على تركه وجب عليه رفع دعاوى إبطال المبيعات الصادرة من المورث إضراراً بحقوق الدائنين^(٤) ، أو حارساً على عقارات المدين لصالح الدائنين وجب عليه رفع دعاوى الصورية في التصرفات التي صدرت من المدين إضراراً بالدائنين وكذلك الطعن في التصرفات التي صدرت من المدين مخالفة للقانون أو عن طريق التواطؤ^(٥) . وإذا تصرف الحارس في المال الموضوع تحت حراسته أوفى ربه ، اعتبر مبدداً وعوقب بالمادة ٣٤١ من قانون العقوبات . وإذا نزل عن عناية الرجل المعتاد فتجم عن ذلك ضرر ، كان مسئولاً عن التعويض إن ثبت له الحق في المال بعد حسم النزاع^(٦) .

-
- (١) وإذا كانت مصابة ببعض التلف ، وجب عليه منع تفاقحه وإصلاحه (استئناف مخطط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٤) .
- (٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختطة بأنه يجوز للحارس على عقارات إجراء ما يجب لصيانتها من أي اعتداء ورفع دعاوى الحياة (استئناف مخطط ٨ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٦ - محمد علي راتب فقرة ٣٤١ ص ٧٦٨ هامش ٣) . ولم تفصل محكمة النقض في هذه المسألة لأن الممن بالنقص ليس جائزاً في حكم يصدر من محكمة استئنافية لهكمة جزئية (نفس مدني ٦ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٧٣ ص ١٠٩٨) .
- (٣) استئناف مصر ٢٠ أبريل سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ٤٥ ص ٧ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٣ - محمد علي راتب فقرة ٣٤١ .
- (٤) استئناف مخطط ١١ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٦ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٣ - محمد علي راتب فقرة ٣٤١ ص ٨٦٩ .
- (٥) استئناف مخطط ٦ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٦٥ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٣ - محمد علي راتب فقرة ٣٤١ ص ٨٦٩ - وانظر عكس ذلك استئناف مخطط أول ماشو سنة ١٩٢٢ م ٣٤٣ ص ٢٧٣ - أما إذا كانت التصرفات الصادرة من المدين لا ملعن عليها ، فإنه يجب على الحارس احترامها وتنفيذها (استئناف مخطط ٢١ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٤٩ - محمد علي راتب فقرة ٣٤١ ص ٨٦٩ هامش ٢) .
- (٦) استئناف مخطط ٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٩٤ - ١٠ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥٣ ص ٢٥٣ - ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٥ - ٢٩ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ -

ويأخذ الحارس التفقات اللازمة للمحافظة على المال على الوجه السالف الذكر من نفس المال أومن ريعه ، وإذا لم يوجد في يده نقد للصرف منه ولم يمه أصحاب الشيء بالنقد اللازمة جاز له الاقتراض بغير فائدة أو بفائدة . ويشترط في جميع الأحوال أن يراعى القصد في الانفاق ، فلا يذلى فيه^(١).

٤٥٩ - هدم جوار إهدول أحد ذوى الشأن في الحافطة على المال :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٧٣٤ ملقن تنص على ما يأتي : « ولا يجوز له (للحارس) ، بطريق مباشر أو غير مباشر ، أن يحل محله في أداء مهمته ، كلها أو بعضها ، أحد ذوى الشأن ، دون رضا الآخرين » . ونقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص : « وعلى كل حال لا يجوز للحارس أن يمكن أحد ذوى الشأن من حفظ المال أو إدارته كله أو بعضه ، سواء أكان ذلك بطريق مباشر كالتنازل إليه عن الحراسة أو إيداع المال لديه ، أم بطريق غير مباشر كالتأجير إليه ، إلا إذا كان ذلك برضاء ذوى الشأن »^(٢).

ويخلص من ذلك أنه لا يجوز للحارس أن ينزل عن مهمته في حفظ المال لأحد من طرفى النزاع ، ولا يجوز له أن يودع هذا المال أحداً منهما ، وذلك ما لم يرض الطرف الآخر ، فإن في تسليط أحد طرفى النزاع على حيازة المال أو على أعمال حفظه وصيانته دون رضا الطرف الآخر ، قبل الفصل في موضوع النزاع ، خطراً على مصالح الطرف الآخر ، وهو نفس الخطر

٤٠٥ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٤-١١ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٦ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٣١ - مصر مستعجل ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المجلد ٢٠ رقم ١٨٢ ص ٤٨١ - محمد على رشدى فقرة ٢٧٤ ص ٣٧٦ - وإذا ترك الحارس الأجرة تسقط بالتقادم ، كان مستولاً (استئناف مخطط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٢١) .

(١) استئناف مخطط ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩ - فلا يجوز له إجراء تحيينات في العين بغير إذن من القضاء أو موافقة ذوى الشأن ، أو أن ينفق مصروفات كالية (استئناف مخطط ١٩ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٨) . وانظر في ذلك محمد على راتب غفرة ٣٤١ ص ٨٦٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٢ - والنص مأخوذ من المادة ١٨٢٦ من تقنين كويك وتنص على أنه « لا يجوز تأجير الشيء الموضوع تحت الحراسة ، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر ، لأحد طرفى المنازعة التي قامت في شأنه » . فسم النص ولم يقتصر على التأجير ، بل شمل جميع الأعمال التي تصدر من الحارس .

الذى أريد تفاديه بوضع المال تحت الحراسة ، فلا يجوز للحارس أن يأعلا يتعارض مع الغرض الأساسى من الحراسة^(١) .
أما إذا كان من يكمل إليه الحارس حفظ المال أو بعضه ليس أحداً من طرفى النزاع ، فإن نص المادة ٢/٧٣٤ مدنى لا يشمل هذا القرض ، فوجب الرجوع إلى أحكام الوديعة فى ذلك . وتنص المادة ٧٢١ مدنى فى هذا الصدد على أنه « ليس للمودع عنده أن يحل غيره محله فى حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع ، إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة » . فلا يجوز إذن للحارس أن ينيب عنه أجنبياً من غير ذوى الشأن فى حفظ المال إلا بموافقة ذوى الشأن جميعاً ، أو إلا إذا اضطر إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة^(٢) .

٤٦٠ - الحارس وعده هو ذو الصفة فى جميع أعمال الحفظ :
والحفاظة على المال على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم هو التزام فى ذمة الحارس ، وهو فى الوقت ذاته ولاية له وسلطة ، يتولاها وحده دون المالك للمال ، ويترب على ذلك أن جميع الدعاوى التى تنشأ عن أعمال الحفظ يكون الحارس وحده هو ذو الصفة فى رفعها منه أو فى رفعها عليه . ولا يجوز رفعها من مالك المال ولا عليه ، لانتعدام صفته . وهذا الحكم مستخلص من معنى الحراسة ، إذ الحراسة غل ليد المالك فيها هو من شؤونها . ومن أهم هذه الشؤون حفظ المال ، فيكون للحارس وحده دون المالك الولاية على هذا الحفظ^(٣) .

-
- (١) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٩ - محمد عل راتب فقرة ٣٤٣ .
(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٦٠ - مصر ستميل ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٢ ص ٤٨١ - ويجوز للحارس أن يستعين بالموظفين اللازمين لمعاونته فى القيام بأعمال الحفظ والإدارة (استئناف مخطط ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٧ - محمد عبد الحفيظ فقرة ٣٢٤) .
(٣) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٤ - محمد عل راتب فقرة ٣٤١ ص ٨٦٩ - ص ٨٧٠ و فقرة ٣٥٤ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٧١ .
ولكن ذلك لا يسلب من كان واضعاً يده قبل الحراسة على المال حيازته إياه ، ويترب على ذلك أن الحراسة لا تقطع التقادم ، فالحائز قبل الحراسة يستمر حائزاً بعدها ، ويستمر سريان التقادم لمصلحته ولا ينقطع برفع يده بسبب الحراسة . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا عين البنك العقارى حارساً على أرض للمحافظة على حقوق الدائنين ، وتسلم هذه الأرض ، وارتفعت يد حائزها عنها ، فإن ذلك لا يصح اعتباره قطعاً للتقادم ، لأن وضع يد البنك على الأرض يهله

ويؤكد ذلك ما قدمناه من أنه لا يجوز للحارس أن يعهد لأحد من ذوى الشأن فى القيام بأى عمل من أعمال حفظ المال وصيانته^(١).

المبحث الثانى

إدارة المال

٤٦١ — نص قانونى : تنص المادة ٧٣٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :
« لا يجوز للحارس فى غير أعمال الإدارة أن يتصرف إلا برضاء ذوى الشأن جميعاً أو بتخصيص من القضاء »^(٢) .
ولامقابل للنص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن هذه الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

= الصفة لم يكن ملحوظاً فيه أن ينتفع بها البنك نفسه ، بل ليحصل عليها ويستوفى منها دينه ثم يرد ما بقى منها اليك (نقض مدنى ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٩ ص ٩٣) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان المدعى قد تمسك بوضع يده المدة الطويلة المكسبة للملك على القدر المبيع له بمقتضى عقد عرفى ثابت بالتاريخ قبل سنة ١٩٢٤ حتى انتزعه من تحت يده مشتر آخر بمقتضى عقد مسجل ، ودفع هذا المشتري الآخر بانقطاع التقادم المدعى به بوضع الأهلان المتنازع عليها تحت الحراسة لذين عليها البنك ، فأخذت محكمة الاستئناف بهذا الدفع ، واعتبرت الحراسة قاطعة للتقادم على أساس أنها لم تكن لحساب المشتري الأول بل كانت لمصلحة البنك وحساب البائع . ومع ذلك لم تبين فى حكمها سبب وضع الأهلان تحت الحراسة ، ولا نوع هذه الحراسة ، ولا اليد التى انتزعت منها الأهلان ، ولا تاريخ هذا الانتزاع ، ولا تاريخ انتهاء الحراسة ، ولا الفرض منها ، ولا الكيفية التى جرى عليها الحساب بين المشتري الأول والبائع لمعرفة ما إذا كان البائع حاسب هذا المشتري على ما استحق له من غلة العين مدة الحراسة وما استحق له هو من أقساط الثمن بما قد يدل على صحة ما ادعاه المشتري من أن هذه الحراسة لم تخرج العين من يده قانوناً وأنها لذلك لا تنقطع التقادم ، فهذا قصور فى بيان الظروف الواقعية لا تستطيع منه محكمة النقض أن تراقب الحكم فيما كيف به الحراسة ، وتقف على صحة ما أرتأه فيها من اعتبارها قاطعة للتقادم (نقض مدنى ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠١ ص ٢٩٧) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٥٩ — عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٤ — محمد عل راتب فقرة ٣٤٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٠٢١ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٦٦٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٥ (مجموعة

الأعمال التصغيرية ص ٢٩١ — ص ٢٩٢) .

ويقابل النص في التقنينات المنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٧٠١ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٣٥ - ولما يقابل للنص في التقنين المدني العراقي - ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٧٢٢ - ٧٢٣ و ٧٢٥ - ٧٢٦^(١) .

ويضاف إلى النص المتقدم نص المادة ٧٣٤ مدني سالف الذكر ، وهو يقضي بأن يلتزم الحارس بإدارة الأموال المهددة إليه حراستها ويجب أن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد ، ولا يجوز له بطريق مباشر أو غير مباشر أن يخل بحله في أداء مهمته كلها أو بعضها أحد ذوى الشأن دون رضا الآخرين^(٢) . ويخلص من كل ذلك أن الحارس يلتزم بإدارة المال ، وأن هذا الالتزام هو في الوقت ذاته سلطة . فللحارس سلطة واسعة في الإدارة ، وسلطة محدودة في التصرف ، وهو لا يستطيع أن ينزل عن سلطته لأحد ذوى الشأن دون رضا الآخرين ، ويكون له وحده دون المالك الصفة في مباشرة ما يدخل في سلطته ، فهذه مسائل أربع نبجها على التعاقب.

(١) التقنينات المنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٠١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٣٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا يشتمل على نصوص في الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٢٢ : يقوم الحارس بحفظ الشيء وإدارة شؤونه . ويلتزمه أن ينتج كل ما يمكن إنتاجه منه .

م ٧٢٣ : لا يجوز للحارس أن يقوم بأي عمل من أعمال التبخرغ أو الانتقال ، ما خلا الأعمال الضرورية منها لحصلته الشيء المهيوس - وإذا كانت الحراسة وافقت على أشياء قابلة للطف ه . جاز أن تباع بترخيص من القاضي ، فيكون حينئذ موضوع الحراسة يدل البيع . م ٧٢٥ : إذا كانت الحراسة غير مجانية ، فالحارس مسئول عن كل خطأ في إدارته ، وفقاً لقواعد المختصة بالوكالة .

م ٧٢٦ : إذا نهطت الحراسة بعدة أشخاص ، فالتضامن يوجد حتما بينهم طبقاً لقواعد المختصة بالوكالة .

(وأحكام التقنين اللبناني تنفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن مسئولية الحارس غير المأجور في التقنين اللبناني أخف من مسئولية في التقنين المصري) .

(٢) انظر أيضاً فقرة ٤٥٦ .

٤٦٢ - سلطة الحارس في الإدارة : تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يجب أن يقتصر الحارس على أعمال الحفظ والإدارة ، كإلحاحات التى لا تزيد على ثلاث سنوات ومصاريف الصيانة » (١). فالحارس ، قضائياً كان أو اتفاقياً ، نائب عن صاحب المال فى أعمال الإدارة ، وسلطته فى هذه الأعمال هى سلطة الوكيل وكالة عامة (٢) . وقد رأينا أن المادة ٧٠١ مدنى تنص فى هذا الصدد على أن « ١ - الوكالة الواردة فى ألفاظ عامة لا تخصص فيها حتى لنوع العمل القانونى الحاصل فيه التوكيل ، لا تحول الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة . ٢ - ويعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ ، والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون . ويدخل فيها أيضاً كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة كبيع المحصول

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٥ ص ٢٩٢ .

(٢) وترتيباً على ذلك يكون الحارس على مال موقوف - كما تقول محكمة النقض - من السلطة ما نأظر عليه ، فهو يملك التحدث عن شؤون الوقف ، إلا أن عبد الحكم الذى أقامه من مهمته . فإذا كان الحكم الذى أقام الحارس لم يقيد فى الإدارة ، فإنه يكون له - كنأظر الوقف - سلطة الترخيس بغير إذن من القاضى فى إحداث بناء فى الوقف ليكون لمجة الوقف متى كان فى ذلك مصلحة تعود على الوقف أو على المستحقين (نقض ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٤ ص ١٨٩) . وقضت أيضاً بأنه متى قضى بإقامة حارس قضائى على أعيان وقف ، ودخوله الحكم الذى أقامه إدارة هذه الأعيان ، فإنه يصبح بمثابة نأظر مؤقت ، ويكون هو صاحب الصفة فى تمثيل الوقف أمام القضاء ، ولا يملك التحدث فى شؤون إدارة الوقف سواء (نقض مدنى ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٥ ص ٧٢١) . وقضت أيضاً بأن المادة الثانية من القانون ٢٤٧ سنة ١٩٥٣ بشأن النظر على الأوقاف الخيرية تنص على أنه إذا كان الوقف على جهة بر ، كان النظر عليه بحكم القانون لوزارة الأوقاف ، ما لم يشترط الأوقاف النظر لنفسه أو لمعين بالاسم ، كما تقضى الفقرتان الثانية والثالثة من المادة الرابعة من القانون المذكور بأن على من انتهت فظأرته أن يسلم أعيان الوقف لوزارة خلال ستة أشهر من تاريخ انتهاء فظأرته ، وبأن نأظر الوقف يعد حارساً عليه حتى يتم تسليم أعيانه . وإذن ففى كان الطاعن لم يمين بالاسم فى كتاب الوقف نأظراً عليه ، فقد زالت صفة كنأظر للوقف ، وإن بقيت له صفة الحراسة طالما أنه لم يبيت بالأوراق قيامه بتسليم أعيان الوقف لوزارة الأوقاف . وهذه الصفة تحول له حق الطعن بالنقض فى الحكم الصادر ضد الوقف ١١ فى اقتضاد هذا الإجراء ، فى ميعاد معين من دفع ضرر يحميق بالوقف ، ولكن ورثة هذا الحارس لا تنتقل إليهم صفة الحراسة (نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤١ ص ٨٣٥) .

وبيع البضاعة أو المتقول الذي يسرع إليه التلف ، وشراء ما يستلزمه الشيء .
عمل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله^(١) .

ففي الصلح من أعمال الإدارة التي يقوم بها الحارس الإيجار لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات^(٢) . ويجوز كما قدمنا^(٣) أن يضيق حكم الحراسة أو الاتفاق من هذه السلطة أو أن يوسع فيها ، فلا يجوز للحارس مثلاً أن يؤجر لأكثر من سنة أو يجوز له أن يؤجر لمدة تزيد على ثلاث سنوات . وإذا سكت الحكم أو الاتفاق عن تعيين المدة ، كان للحارس أن يؤجر لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ، لأن الحارس لا يملك إلا حق الإدارة . وتنص المادة ٥٦٩ مدني في هذا المعنى على أنه : « لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة . فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك ، انقضت المدة إلى ثلاث سنوات ، كل هذا ما لم يوجد نص يقضي بغيره » . ويخلص من هذا النص أن للحارس ، حتى إذا لم يعطه حكم الحراسة السلطة في التأجير لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، أن يؤجر لمدة أزيد بشرط أن يحصل على إذن في ذلك من المحكمة التي عينته^(٤) . وقد جرى العرف في الحراسة أن يكون التأجير بطريق المزااد العلني دفعاً لكل

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٤٠ .

(٢) وقد كانت سلطة الحارس في التأجير لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات محل خلاف في عهد التقنين المدني القديم ، فرأى يستوجب إذنًا خاصاً في ذلك (استئناف مخطوط ٣٦ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٩) ، والرأي الراجح كان الجواز دون إذن خاص (محمد علي راتب فقرة ٣٤٢ م ٨٧١ هامش ٢) . وقد حكم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف وأجاز للحارس التأجير لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات دون إذن خاص ، وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « يجب أن يقتصر الحارس على أعمال الحفظ والإدارة كالإيجارات التي لا تزيد على ثلاث سنوات ومصاريف الصيانة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٢) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٥٥ .

(٤) أي قاضي الأمور المستعجلة أو محكمة الموضوع بحسب الأحوال . وفري جواز الحصول على الإذن هنا بأمر على حريضة . وهذا كانت المحاكم الشرعية قائمة ، قضى بأنه في حالة تأجير أعيان الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، يحصل الحارس على الإذن من المحكمة الشرعية لا من المحكمة المدنية (المنصورة المختلطة ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٧ جازيت ٢٨ رقم ١٥١ ص ١٦٧) . والصحيح أن الحارس يحصل على الإذن من المحكمة المدنية التي عينته في جميع الأحوال ، ولو كانت العين المؤجرة عيناً موقوفة (استئناف مخطوط ٩ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٣٩) .

شبهة ، فإذا أجرة الحارس بالممارسة وجب عليه أن يثبت أنه كان مضطراً إلى ذلك^(١) . وقد يقبده حكم الحراسة بأن يكون التأجير دائماً بالزاد العلى ، كما سبق القول^(٢) . ومادام الحارس يملك سلطة التأجير ، فإنه يملك تبعاً لذلك سلطة قبض الأجرة وإعطاء المخالصة بها ، ورفع الدعوى ضد المستأجر لمطالبته بها وإخراجه من العين المؤجرة ولغير ذلك من الأمور التي تستند إلى عقد الإيجار^(٣) . ولكن لا يجوز للحارس أن يبرم صلحاً مع المستأجر ، أو أن ينزل عن جزء من الأجرة ، لأن هذه من أعمال التصرف لامن أعمال الإدارة فتقتضى موافقة ذوى الشأن أو إذن المحكمة^(٤) .

وجوز للحارس أن يزرع الأطنان الموضوعة تحت الحراسة بنفسه إذا وجد أن هذه هي خير طريقة للإستعمال ، أو إذا لم يتقدم مستأجر يعرض الأجرة المناسبة . وفي هذه الحالة يدخل بعض أعمال التصرف في سلطة الحارس بطريق التبعية لأعمال الإدارة ، فيجوز له أن يشتري البذور والسماد والمواشى

(١) كأن يثبت أنه لا يوجد إلا مستأجر واحد يمكن التأجير له ، أو أن طريقة الممارسة هي الطريقة الممكنة في الجهة المنزلة التي توجد فيها الأطنان (استئناف مخطوط ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٢٨٧ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٤ ص ٣٤١ - محمد عل واتب فقرة ٣٤٢ ص ٨٧١ هامش ٢) . وإذا كان التأجير بالممارسة ، كان للحارس أن يختار الشخص الذي يلجبر له ، بشرط أن يراعى في اختياره المصلحة (مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ الهامة ٢١ رقم ٢٧٧ و ٦٤٣) ، فإذا أجرة يمين فاحش كان مسئولاً عن الضرر الذي نشأ من سوء إدارته (استئناف وطي ١٢ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٠٦ ص ٣٦٠) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٥٥ .

(٣) استئناف مخطوط ٢٠ يولييه سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٢٠ - ١٧ يناير سنة ١٩٢٥ م ٤٧ ص ١٢٢ - ٨ يولييه سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٣ - ١٤ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٥ - ٨ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٦ - ولا يجوز للمالك تحويل الأجرة بعد وضع الحراسة (استئناف مخطوط ٥ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٦) ، كما لا يجوز لناظر الوقف أن يحول ريمه بعد الحراسة (استئناف مخطوط ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٠) ، ولا أن يقبض المستحق الخيرات (استئناف مخطوط ٥ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٣) .

(٤) استئناف مخطوط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٠٣ - انظر عكس ذلك وأن للحارس أن يبرم صلحاً مع المستأجر إذا كانت فيه مصلحة : استئناف مخطوط ٢٠ يولييه سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٢٠ - وانظر عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٤ ص ٣٤٢ - ٣٤٣ .

ولا يجوز للحارس أن يبرم إيجاراً يخرج عن حدود الإدارة الحسة (استئناف مخطوط ٥ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٦٤) .

والآلات اللازمة للزراعة ، كما يجوز له أن يبيع المحصول^(١) .

ويدخل في سلطة الحارس ، كعمل من أعمال الإدارة ، استيفاء الحقوق وإعطاء التخاصات بها للمدينين بإيداع المقبوض لحساب صاحب المال . وله أن يقبض الحقوق قبل حلول أجلها دون استئصال شيء منها ، ولكن لا يجوز أن يؤجل دفعها إلا بإذن خاص . ويرفع الدعاوى ، ويتخذ الإجراءات اللازمة لاستيفاء الحقوق ، ومن ذلك توقيع الحجوز المختلفة^(٢) . كذلك يوفى الحارس الديون بما يكون بيده من أموال أو من ريع هذه الأموال . وللحارس أن يستوفى الحقوق ويوفى الديون بمقابل ، إذا كان الوفاء بمقابل فيه مصلحة ، وأن يشطب الرهن بعد استيفاء الحق ، وأن يصالح على الدين إذا كان في الصلح مصلحة واضحة ولا سبيل إلى اقتضاء الحق ببلونه^(٣) .

ويدخل في أعمال الإدارة أيضاً التأمين من الحريق ومن السرقة وغير ذلك من ضروب التأمين التي جرى العرف بأن تعتبر من أعمال الإدارة اليقظة ، بل إن هذه تعتبر كذلك من أعمال الحفظ والصيانة ، فتدخل بهاتين الصفتين في سلطة الحارس . ويمكن القول بوجه عام إن جميع أعمال الإدارة الموقلة

(١) وله أن يتقرب من المال ما يلزم لإيجازه هذه الأعمال إذا لم يقدم المصوم له هذا المال (استئناف مخطط ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩) . ويعتبر داخلاً في أعمال الإدارة شراء الحارس القمح والسماد (استئناف مخطط ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٢) ، وبيع المحصول المستقل لشراء البذور (استئناف مخطط ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤١) . ومع ذلك فليس الحارس ملزماً بزراعة الأرض بنفسه ، وقد قضى بأنه ليس ملزماً بأن ينفق من ماله الخاص على زراعة الأرض الموقرة والموضوعة تحت الحراسة ، خصوصاً مع وجود الممدات اللازمة لإدارتها من قبل المستأجر والضامن له ، ومن علم وجود أموال لديه للصرف ، ولضعف تربة الأرض مما ترجح منه الخسارة ، وكل ما هو مشكوك فيه هو إدارتها بطريقة حسنة سواء بالتأجير أو بغيره (شين الكوم الكلية ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٢١٤ ص ٤٢٧) .

(٢) وقد قضى بأن الحارس رفع الدعاوى لحفظ الحقوق والدفاع في القضايا التي ترفع على هيئة الحراسة (استئناف مصر ٥ مارس سنة ١٩٣١ الجريدة للقضائية ٧٩ ص ١٥) ، وله أن يطن في عقود الإيجار المصرية أو المقودة غشاً (استئناف مخطط ٦ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٦٥) .

(٣) وقد قلنا أنه لا يجوز للحارس أن يبرم صلحاً مع المستأجر (انظر آتقاً نفس الفقرة) ، على اعتبار أن الأجرة لها ضمانات تكفلها وتجعل الصلح لا ضرورة له . ومع ذلك فقد رأينا أن هناك من يقبض إلى جواز الصلح مع المستأجر إذا كانت فيه مصلحة (انظر آتقاً نفس الفقرة في الخامس) .

للوكيل وكالة عامة ، والتي بسطناها تفصيلا فيما تقدم^(١) ، تدخل في سلطة الحارس^(٢) .

وللحارس أن يستعين بالموظفين والعامل الذين يحتاج إليهم في أعمال الإدارة^(٣) .

وينفق الحارس لأعمال الإدارة ، كما ينفق لأعمال الحفظ ، من المال الذي تحت يده أو من ريع هذا المال . وإذا اقتضت الضرورة ، أن يقرض بغير فائدة أو بفائدة ، جاز له ذلك ، ما لم يمه أصحاب الشأن بالمال اللازم له^(٤) .

وكما يجب على الحارس أن يبذل عناية الرجل المعتاد في المحافظة على المال ، كذلك يجب عليه بذل نفس هذه العناية في إدارته ، ويستوى في ذلك أن يكون الحارس مأجوراً أو غير مأجور . وقد بينا فيما تقدم أن مسئولية الحارس أشد من مسئولية المودع عنده فيما يتعلق بأعمال الحفظ^(٥) . ، والآن نقرر أن

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٤٠ .

(٢) وذلك ما لم تفيد سلطته في الإدارة على الوجه الذي سبق بيانه (فاردن محمد حل مرفة ص ٥٤٤) ، وقد قضى بأن تعيين الحارس يفقد المالك السبب القانوني في وضع يده على العقار المشترك ، ويحرمه من حق الانتفاع والاستغلال إلا عن طريق الحارس ، وبقدار صافي الريع بعد تنفيذ حكم الحراسة ، والتأجير لشخص دون آخر هو من عمل الحارس لا يبر عليه بل يراعى فيه مصلحة من يمثلهم (مصر مستجل ٢٢ يوفيه سنة ١٩٣٢ الجريدة القضائية ١٣٨ ص ١٦) .

(٣) استئناف مخطوط ٢٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٧ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٤ ص ٣٤٣ - محمد عبد الطيف فقرة ٣٢٤ - وله أن يستحق ناظر للزينة القديم (استئناف مخطوط ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٩٦) .

(٤) استئناف مخطوط ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩ - وله قدمنا أنه يجوز للحارس بيع المحصول المستقبلي ليشتري به البذور والبساتين والمواشي والأدوات الضرورية ومبيدات الحشرات اللازمة للزراعة (استئناف مخطوط ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤١ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٤ ص ٣٤٣ - وانظر آنفاً نفس الفقرة في الحاشية) . وله بوجه عام أن يتخذ من الإجراءات ما يمكنه من استغلال البين ، ويدخل في ذلك التعاوى المستحقة والتعاوى الموضوعية (مصر مستجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ الحامدة ٢١ رقم ٢٧٧ - ٦٤٣ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٤ ص ٣٤٣) .

ولكن ليس له قبض المبالغ التي قدمها المستأجر تأميناً لناظر للوقف وحجز عليها تحت يده (استئناف مخطوط ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢١١) .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٤٥٨ .

مستوليته في أعمال الإدارة أشد من مسئولية الوكيل ، إذ هو بخلاف الوكيل مفروض بحكم ظروف المنازعة على أصحاب الشأن . ذلك أن الوكيل لا يلتزم ببذل عناية الرجل المعتاد إلا إذا كان مأجوراً ، فإذا كان غير مأجور لم يلتزم إلا ببذل العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة دون أن يكلفه في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد^(١) . أما الحارس فيجب عليه أن يبذل عناية الرجل المعتاد ولو زادت على عنايته في أعماله الخاصة ، وذلك سواء كان مأجوراً أو غير مأجور . فإذا نزل عن هذا القدر من العناية ونجم عن ذلك ضرر يصيب صاحب المال ، كان لهذا أن يرجع عليه بالتعويض^(٢) .

٤٦٣ - سلطة الحارس في التصرف : رأينا أن المادة ٧٣٥ مدني تقضى بأنه لا يجوز للحارس في غير أعمال الإدارة أن يتصرف إلا برضاه ذوى الشأن جميعاً أو بترخيص من القضاء . والمقصود هنا أعمال التصرف ، وفي ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « فإذا اقتضت الظروف القيام بأعمال تجاوز أعمال الإدارة ، أو رأى الحارس فائدة من القيام بمثل هذه الأعمال ، كإجراء تحسينات في العين أو بيع ما يكون معرضاً للتلف » (١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٠ .

(٢) قارن استئناف مخطط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٧٠ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١١ . ومن ثم يجوز لصاحب المال اتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على حقوقه قبل الحارس (استئناف مخطط ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ١٩ ص ٢٧) ، كان يرفع دعوى إثبات حالة الأعيان الموضوعة تحت الحراسة لتحديد ما أصابها من ضرر بسبب تقصير الحارس . بل ذهب رأى إلى أنه يجوز له أن يرفع دعوى على الحارس بطلب تمكينه من إجراء الإصلاحات الضرورية اللازمة لصيانة الأعيان إذا كان الحارس قد أهمل القيام بها ، وأن يرفع دعوى مستعجلة في مواجهة الحارس بطلب طرد المستأجر من العين المؤجرة عند تحقق الشرط الصريح الفاسخ المترتب على التأخر في دفع الأجرة إذا كان التأخر من شأنه أن يجعل الأجرة تراكم في ذمة المستأجر دون أن يتخذ الحارس أى إجراء ضده (محمد عبد الطيف فقرة ٣٠١) .

وقد قضى بأن الحارس يكون مسئولاً إذا تأخر دون مجور في بيع الثقل ، وليس له أن يبيع بأنه كان يأمل صعود الأسعار ، ولكن له أن يبيع بموافقة ذوى المصلحة على تأخير البيع (استئناف مخطط ٥ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٦٦) . ويكون مسئولاً إذا لم يتخذ الاحتياطات اللازمة لصيانة يسار المستأجر ، حتى لو كانت المدين نفسه هو الذى قدم هذا المستأجر (استئناف مخطط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٦٩) . وإذا عين الدائن حارساً ولم يودع المبالغ التي يقضيها غرامة الحكمة في مواعيدها ، كان مسئولاً عن الفوائد التي تدفعها الخزنة عن المدة التي تأخر فيها (استئناف مخطط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٣٤) .

أو غير ذلك ، وجب على الحارس أن يحصل في شأن ذلك على موافقة ذوى الشأن جميعاً أو على ترخيص من القضاء^(١) .

ونبدأ باستبعاد أعمال التصرف التي تدخل بطريق التبعية في أعمال الإدارة ، ك شراء البنور والسماد والمواشى والأدوات وبيع المحصول ، فهذه كما قلنا تعتبر داخلة في أعمال الإدارة ولا تقتضى في مباشرة الحارس لها موافقة ذوى الشأن أو إذن القضاء . ويبقى بعد ذلك أعمال التصرف التي لا تدخل بطريق التبعية في أعمال الإدارة ، وهذه لا يجوز للحارس أن يباشرها إلا بموافقة ذوى الشأن أو بإذن المحكمة التي عينت الحارس ، وإلا كان التصرف مجاوزاً لحلود النيابة ، ولايسرى في حق صاحب المال إلا إذا أقره . فلا يجوز إذن للحارس أن يهب المال الموضوع تحت حراسته ، ولا أن يبيعه أو يقاوض عليه أو يرهنه أو يشارك به أو يقرضه أو يبالغ عليه أو ينزل عن جزء من الحق^(٢) . ولكن يجوز له أن يبالغ المستأجر على الأجرة بإذن من القضاء أو موافقة ذوى الشأن إذا كان في الصلح مصلحة^(٣) ، كما يجوز له بإذن من القضاء أو موافقة ذوى الشأن أن يقرض المال بفائدة إذا كان هذا العمل يعود بالمنفعة ، أو يجرى تحسينات في الأعيان ، أو يبيع المنقول المعرض للتلف ، أو يبيع المنقول المعرض لتقلب الأسعار خشية أن ينزل سعره ، أو يبيع المنقول الذي يكلف حفظه نفقات كبيرة^(٤) . ونرى من هذا أن التصرف

(١) مجموعة الأعمال التصديرية ص ٢٩٢ .

(٢) استئناف غنطل ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩ - ١٧ يولييه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٨ ص ٣٤٨ - محمد حل رشدي فقرة ٢٧٥ .
(٣) وقد قدمنا أن هناك رأياً يذهب إلى جواز أن يرم الحارس ، بنير موافقة أو إذن ، مصلحاً مع المستأجر إذا كانت فيه مصلحة (انظر آنفاً فقرة ٤٦٢ في المادش) ، كما قدمنا أن الحارس أن يبالغ على اللدين ، بنير موافقة أو إذن ، إذا كان في الصلح مصلحة واضحة ولا سبيل إلى انقضاء الحق بدونه (انظر آنفاً فقرة ٤٦٢) .

(٤) محمد كامل موسى فقرة ٣٧١ - وقد قضى بأن الحراسة إجراء تحفظي تدعو إليه ضرورة المحافظة على الأشياء . المتنازع عليها حتى ينشئ النزاع القائم بشأنها ، ولهذا فالأصل أن سلطة الحارس التي تحددها المحكمة في حكم الحراسة يجب أن تقتصر على أعمال الصيانة اللازمة وأعمال الإدارة والاستغلال الماديين . إلا أن ظروفًا قد تطرأ تبهج الخروج على هذا الأصل وتستلزم الإذن للحارس في بيع المنقولات موضوع الحراسة ، كما لو خيف عليها التلف أو هبوط القيمة أو كانت فيها لأحميل الصرف على حفظها وصيانتها ، في هذه الحالات ومثيلاتها يجوز لقضاء بصفة استثنائية أن يمد =

الذى يؤذن للحارس فى مباشرته يجب ألا يمس أصل الحق ، ويجب فى الوقت ذاته أن يكون ذا طبيعة تحفظية حتى يتسجم مع مهمة الحارس^(١) .

٤٦٤ - عزم جواز إبطال أمر ذوى الشأن فى إدارة المال :

وقد قدمنا عند الكلام فى التزام الحارس بالمحافظة على المال أنه لا يجوز له أن يكمل هذه المهمة لأحد من ذوى الشأن دون رضا الباقي^(٢) . وما قلناه فى الالتزام بالحفظ نقوله فى الالتزام بالإدارة ، فلا يجوز للحارس أن يمكن أحد ذوى الشأن من إدارة المال كله أو بعضه ، سواء أكان ذلك بطريق مباشر كأن يعهد إليه بتأجيله للغير ، أم بطريق غير مباشر كأن يؤجره له^(٣) ، إلا إذا كان ذلك بموافقة الباقي . وقد بينا العلة فى ذلك ، فتحيل إلى ما قدمناه فى هذا الصدد^(٤) .

فى سلطة الحارس وأن يجوز له بيع المتقولات على أن يودع ثمنها خزنة المحكمة (إسكندرية مستجبل ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٩٠ ص ٣٧٣) . وقضى أيضاً بأن مأمورية الحارس القضائية تقتصر على الإدارة دون التصرف ، اللهم إلا فى حالات استثنائية بحسب أجازها البعض ، كتشويل الحارس سلطة بيع المال الموضوع تحت الحراسة إذا كان حفظه يتكلف نفقات جسيمة ، وتحويله أحياناً سلطة تصفية التركات (إسكندرية مستجبل ٨ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص ١٢٠) . وانظر استئناف مخطط ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٩٦ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٢ .

وقضى بأنه إذا كان يمكن حفظ المال دون تلف كحصول القطن ، لم يجوز الحارس يمه بل يجب عليه تخزينه على ذمة من يثبت حقه فيه (استئناف مخطط ١٨ فبراير سنة ١٩٣١ جازيت ٢١ رقم ٤٣٣ ص ٣٨٠) . وانظر استئناف مخطط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٤٩ - ولا يجوز الحارس أن يستحدث بناء أو أن يغير من معالم المبنى (استئناف مخطط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧٣) .

(١) انظر فى هذا المعنى محمد على راتب فقرة ٣٤٢ ص ٨٧٦ - ولا يتغذى على الحارس من الأحكام المصادرة على نافر الوقت إلا بمقدار ما تحت يد الحارس . وقد قضى بأن صدور حكم على نافر الوقت يدفع نفقة شهرية للمستحق ، لاحتياك مشغولية ذاته بمبالغ من الاستحقاق المتأخر له والمرفوع بشأنه دعوى حساب ، لا يلزم الحارس التقضيات للمدين على الوقت إلا إذا كان للمحكوم له استحقاق تحت يده يمكنه من أداء النفقة (مصر الكلية ٨ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ١٨٤ ص ٤١٩) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٥٩ .

(٣) ما لم يكن التأجيل فى المزايد الملقى (محمد على رشدى فقرة ٢٧٨) .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤٥٩ .

أما إذا أناب الحارس أجنبياً من غير ذوى الشأن في الإدارة ، فإنه يجب الرجوع في ذلك إلى أحكام الوكالة . وهذه تقضى كما رأينا بأن الوكيل يجوز له أن ينيب عنه غيره في تنفيذ الوكالة ، إلا إذا منع من ذلك صراحة أو ضمناً ، ويعتبر أن هناك منعاً ضمناً إذا اختير الوكيل لاعتبار شخصي^(١) . ولما كان الحارس يختار عادة لاعتبار شخصي فيه ، لذلك يكون ممنوعاً من إنابة غيره عنه في الإدارة ، سواء كان هذا الغير من ذوى الشأن أو كان أجنبياً ، ويجب أن يتولى الإدارة بنفسه فهذه هي مهمته ولا يجوز له أن يتخلى عنها^(٢) .

٤٦٥ - الحارس وحده هو ذو الصفة في جميع أعمال الإدارة

والنصرف التي تدخل في سلطته : وكما قلنا في أعمال الحفظ ، يكون الحارس القضائي وحده دون المالك هو ذو الصفة في مباشرة جميع أعمال الإدارة وأعمال النصرف الداخلة في سلطته ، فهو وحده الذي يتولاها دون المالك . ولا يجوز للمالك أن يتولاها ، فقد غلت يده عنها بسبب الحراسة ، وإذا قام بعمل منها كان العمل باطلاً . ويرتب على ذلك أن جميع الدعاوى التي تنشأ من أعمال الإدارة والنصرف التي تدخل في سلطة الحارس يكون الحارس وحده هو ذو الصفة في رفعها منه أو في رفعها عليه ، ولا يجوز رفعها من المالك أو عليه لانتفاء صفته^(٣) . وقد سبق أن قررنا مثل ذلك في

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٩٢ .

(٢) محمد عبد الطيف فقرة ٣٢٤ - محمد حل مرة ص ٥٤٧ - مصر مستجبل ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٩ الهامة ٢٠ رقم ١٨٢ ص ٤٨١ (إذا تحمل الحارس عن الحراسة أو وكل شؤونها إلى غيره ، وجب إبعاده عن الحراسة وإقامة سواه) - قرب استئناف مخطط ٧ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٤٧ ص ١٤٨ - ويجوز للحارس أن يكل لمختص في الزراعة أن يزرع الأرض ، ولا يكون مسئولاً إلا عن إفساده أو عدم كفايته أو تقصيره للواضح (استئناف مخطط ٧ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ٢٢٦) .

(٣) محمد كامل مرسى فقرة ٣٦٩ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٢ وما بعدها - محمد حل وشلى فقرة ٣٧١ - فقرة ٢٧٢ - محمد حل راتب فقرة ٣٤٢ ص ٨٧٦ - ص ٨٧٧ - محمد عبد الطيف فقرة ٣٠٠ وقرة ٣٠٢ - استئناف مخطط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٨٦ - وقد قضت محكمة النقض بأنه متى قضي بإقامة حارس قضائي على أعيان وقف وبخوله الحكم للمنى أقاله إدارة هذه الأعيان ، فإنه يصبح بمثابة الناظر الموقت ، ويكون هو صاحب الصفة في تمثيل الوقف أمام القضاء ، ولا يملك التحدث في شؤون إدارة الوقف سواء . ويرتب -

أعمال الحفظ (١) .

أما غير ذلك من الأعمال التي لا تدخل في سلطة الحارس، فليست للحارس صفة في مباشرتها . ويبقى للمالك أعليته كاملة في مباشرة هذه الأعمال ، إذ أن الحراسة لم تنزله عنها ولم تغل يده فيها (٢) . فيجوز للمالك ، أو لمن يبين أنه

= حل مجرد صدور حكم بمواجهة الناظر بإقامة حارس على نصيبه في الوقت أن تغل يده عن إدارة هذا النصيب دون حاجة إلى أي إجراء آخر (نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٥ ص ٧٢١) . وانظر نقض مدني ١٥ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٤ ص ٧٦١ - وقضى أيضاً بأنه إذا عين حارس على الوقت ، فهو الوحيد الذي له الحق في تمثيل الوقت في الدعاوى التي ترفع منه وعليه بشأن الإدارة ، دون الناظر المعين عليه (استئناف مخطط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٦٤٨) . وقضى بأنه بمجرد صدور حكم الحراسة ، يفسى الحارس حق الشخص الوحيد الذي يحق له إدارة الأموال على الحراسة ، والعمل على صيانة حقوقها قبل الغير ، والتفاني بشأنها فيما يتعلق بأعمال الحراسة (استئناف مخطط ١١ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٧٩ - مصر مستعجل ١٤ يونيو سنة ١٩٤٣ المادة ٢٣ رقم ٢٠٤ ص ٤٨٧) . وانظر استئناف وطني ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٥ ص ٩٧ - استئناف مخطط ٩ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٤٥ - ٦ يونيو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٠ (حارس أقيم بناء على طالب الدائنين يظن في تصرفات المدين بالتواطؤ) - عكس ذلك استئناف مخطط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٣ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ .

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٤ ص ٣٢٣ - محمد علي راتب فقرة ٣٥٤ ص ٨٩٤ - ص ٨٩٥ - محمد عبد الطيف فقرة ٣٠٠ - محمد علي عرقه ص ٥٤٥ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٦٩ - استئناف مخطط ٨ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٧ - ولا يؤثر الحكم الصادر بالحراسة في التصرفات الهدية الصادرة من المالك قبل صدور الحكم (عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٥) ، ولو كانت هذه التصرفات من أعمال الحفظ والإدارة (استئناف مخطط ٢١ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٦٥) ، ما لم يكن الفرع منها الإضرار بحقوق الدائنين فيجوز للظن فيها بطريق الدعوى التلصصية (استئناف مخطط ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت سنة ١٩٣١ رقم ٤٣١ ص ٣٨٠ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٤ ص ٣٢٣) . ولا يؤثر حكم الحراسة كذلك في حق دائني المالك من اتخاذ إجراءات فردية ينفذون بها على المال الموضوع تحت الحراسة ، ويكون هذا التنفيذ عن طريق الحجز تحت يد الحارس ، إلا إذا وافق الحارس على توقيع الحجز التنفيذي المباشر على المنقول الموضوع تحت حراسته (استئناف مخطط ٢١ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٠٥ - عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧١ - محمد علي رشي فقرة ٢٧١ - محمد علي راتب فقرة ٣٥٤ ص ٨٩٥ - ص ٨٩٦ - محمد عبد الطيف فقرة ٣٠٤) - وانظر نقض جنائي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ مجموعة عمر الحنابلة ٣ رقم ١١ ص ١٣ (الواجب على الدائن أن ينفذ تحت يد الحارس بطريق حجز ما للمدين لدى الغير ، ولا يجوز أن ينفذ مباشرة على المحصولات) .

هو المالك بعد حسم النزاع ، أن يبيع المال وبزمنه وبهجه ويتصرف فيه بجميع أنواع التصرف ، فيما عدا أعمال الإدارة والتصرف الداخلة في سلطة الحارس ، ولو كان ذلك في أثناء نظر النزاع وقبل حسمه . ويكون تصرف المالك صحيحاً ملزماً له ، ولكنه يكون بداهة موقوفاً على حسم النزاع لصالحه وظهور أنه هو المالك^(١) . ويترتب على ذلك أنه إذا رفعت دعوى استحقاق ملكية المال على الحارس ، وجب على الحارس أن يدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة^(٢) . وإذا حكم عليه بالاستحقاق ، لم يسر هذا الحكم في حق المالك ، وجاز له أن يعترض عليه اعتراض الخارج عن الخصومة ، كما جاز له أن يتجاهل الحكم ويستبقى المال تحت يده بعد حسم النزاع لصالحه . وعلى مدعى الاستحقاق أن يعيد رفع الدعوى من جديد على المالك دون الحارس ، حتى يكون الحكم سارياً في حق الأول^(٣) .

- (١) بودري وقال فقرة ١٢٩٥ - فقرة ١٢٩٦ - عبد الحكم فراج فقرة ٣٧٤ ص ٣٣٣ .
 (٢) وحل أساس سلطة الحارس في الإدارة والتصرف تقوم صفة في الدعاوى التي ترفع منه أو عليه ، فالحارس على وقف يمثل الوقف دون تناظر في نطاق السلطة التي خولها له حكم الحراسة ، فوجب معرفة مدى هذه السلطة لئلا في قيام صفة في تمثيل الوقف في الدعاوى التي ترفع من الوقف وعليه . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لا سبيل إلى القول بقبول أو بدم قبول مقاضاة النظار وحسم دون الحارس إلا على أساس ما يكون وارداً في حكم الحراسة خاصة بمهمة الحارس . فإذا كان الحكم في قضائه بعدم قبول الدعوى المرفوعة على نظار الوقف لعدم اختصاص الحراسة فيها قد اكنى بالإشارة إلى الحكم الصادر بتعيين الحارس على الوقف دون أن يبين مدى سلطتهم ، وهل هم أصبحوا وحدهم بمقتضى الحكم الأصل الصادر بوضع الأعيان الموقوفة تحت الحراسة يمثلون الوقف دون النظار في كل شؤونهم ، أم أن مهمتهم محصورة في نطلاق معين بحيث يبقى للنظار صفة تمثيل جهة الوقف أصلياً ، ودون أن يبين كيف أن الخصومة القائمة من نتائجها المساس بإدارة الحراسة بحيث يجب توجيهها للحارس ، فلا شك في أن قصور الحكم عن هذا البيان يبيمه ويحصل النتيجة التي وصل إليها غير مستندة إلى ما يبررها (نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٤ ص ١٤٨) . وقد يكون الحارس على التركة أحد الورثة وترفع عليه الدعوى بصفته وارثاً لاحراساً لأن النزاع لا يدخل في نطاق حراسته ، فيكون الحكم صحيحاً نافذاً على مال الحراسة . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن إقامة أحد الورثة حارساً على التركة لا يمنع من الحكم عليه شخصياً ببيع حصة وارث آخر ، ثم تنفيذ هذا الحكم على مال الحراسة الذي لم يخرج من كونه مملوكاً لجميع الورثة (نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٣ ص ٤٦٢) . والحارس على عين شائعة في أثناء إجراءات القسمة لا سفة له في الدعاوى للميتة (استئناف مخطوط ١٧ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٦٥) .

(٣) استئناف مخطوط ٦ يونيو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٠ - الموسكى ٢ مارس سنة ١٩١٨ -

المبحث الثالث

تقديم الحساب

٤٦٦ - نص قانوني : تنص المادة ٧٣٧ من الترتين المدني على ما يأتي :

١ - يلتزم الحارس بالتخاذ دفاتر حساب منظمة ، ويجوز للقاضي إلزامه بالتخاذ دفاتر موقع عليها من المحكمة .

٢ - ويلتزم أن يقدم للنوى الشأن كل سنة على الأكثر حساباً بما تسلمه وما أنفقه ، معزراً بما ثبت ذلك من مستندات . وإذا كان الحارس قد عينته المحكمة ، وجب عليه فوق ذلك أن يودع صورة من هذا الحساب قلم كتابها^(١) .

= المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٠٦ ص ١٥٢ - مخطط ٣ مارس سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٠٤ ص ١٥٠ - وإذا أقيم أحد الورثة دعوى يطلب تقرير نفقة له في مواجهة الحارس .
دون الفاتنين أو باني الورقة ، فإن الحكم لا يتبر حجة عليهم (استئناف مخطط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤٤ - عكس ذلك استئناف مخطط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٩٧) . ولا يجوز للحارس أن يدفع الدوى التي تقام في مواجهته بدفع متصل بأصل الحق ، كبطان عقود البيع الصادرة عن الأموال الموضوعة تحت الحراسة أو الرهن المقررة عليها (استئناف مخطط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤٤ - ٢٩ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٩ ص ١٩٠ - ٤ أبريل سنة ١٩٣٢ جازيت يولي سنة ١٩٣٤ رقم ٤٠٠ ص ٣٢ - ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٠) - وانظر محمد علي رشدي فقرة ٢٧٥ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠٢٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : ١ - يلتزم الحارس بالتخاذ دفاتر حساب منظمة موقع عليها من المحكمة . ٢ - ويلتزم أن يقدم للنوى الشأن ، كل سنة على الأكثر ، حساباً صحيحاً بما تسلمه وما أنفقه ، معزراً بما ثبت ذلك من مستندات . وإذا كان الحارس قد عينته المحكمة ، فيجب عليه ، فوق ذلك ، أن يودع صورة من هذا الحساب بقلم كتاب هذه المحكمة . وأدخلت لجنة المراجعة على النص تعديلات لفظية طفيفة وحذفت لفظ « صحيحاً » من الفقرة الثانية ، وصار النص رقمه ٧٦٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٨ . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتي : « يلتزم الحارس بالتخاذ دفاتر حساب منظمة ، ويجوز للقاضي إلزامه بالتخاذ دفاتر موقع عليها من المحكمة » ، وهذا يكون التزام الحارس بالتخاذ دفاتر حساب منظمة التزاماً مطلقاً ، أما إلزامه بالتخاذ دفاتر موقع عليها من المحكمة فهو أمر جوازي يترك للقاضي تقديره بحسب ظروف كل حالة ، حتى لا تفرض الدفاتر المصدق عليها في جميع الحالات إذ قد تكون قيمة الأموال الموضوعة تحت

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني القديم ، وكان الحكم في هذا التقنين أن يقدم الحارس حساباً ، ولم يكن تقديم الحساب متظلاً من حيث دفاثره ومواعيده كما نظم في التقنين المدني الجديد .

وقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٧٠٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٣٧ - ولا مقابل للنص في التقنين المدني العراقي ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني^(١).

٤٦٧- التزام الحارس بتقديم الحساب للترام الوكيل : الحارس تائب عن صاحب المال كما قدمنا ، فهو يلتزم بتقديم الحساب للأصيل التزام الوكيل بتقديم الحساب للموكل . وقد قدمنا في الوكالة ، أن الحساب الذي يقدمه الوكيل يدرج فيه ما للموكل وما عليه ، كأن يكون للموكل مال تحت يد الوكيل ، ومبالغ قبضها هذا الأخير عن ما باعه أو أجره أو أجره أو وفاء لدين للموكل في ذمة الغير ، ومبالغ هي فوائد للمبالغ التي استغلها الوكيل لحساب الموكل ، وأعيان للموكل كانت مودعة عند الغير واستردها الوكيل ، وأوراق مالية اشراها الوكيل لحساب الموكل . وكأن يكون على الموكل المصروفات التي أنفقها الوكيل في إدارة الأموال ، والضرائب والرسوم التي دفعت ، وأقساط التأمين ، والسمسرة التي دفعها الوكيل لإتمام صفقات لحساب الموكل ، والتمن الذي اشترى به الأوراق المالية أو غيرها من أشياء لحساب الموكل ، والأجر الذي اتفق عليه مع الموكل . فيدرج الموكل كل هذا في حساب واحد لا يتجزأ ، مكون من أصول وخصوم ، والرصيد بعد

== الحراسة قليلة ، وفي هذا التمثيل ما يحمل النص أكثر مرونة . وأصبح للنص مطاباً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٣٢٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التصديرية ه ص ٢٩٥ - ص ٢٩٧) .

(١) التقنينات المدنية العربية :

التقنين المدني السوري م ٧٠٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٣٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا يشتغل على نصوص في الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل . ولكن التزام الحارس بتقديم حساب من إدارته التزام تفرضه القواعد العامة على كل تائب يدير ملك الغير .

استئزال الخصوم من الأصول هو الذى يجب الوفاء به للموكل ، كما هو الأمر فى الحساب الجارى . وتفتى ذاتية هذه المبالغ وهى مدرجة فى الحساب ، فلا تكون حقوقاً أودينواً مستقلة بعضها عن بعض ، ولا ينتج أى منها فوائد مستقلة ، بل الذى ينتج الفوائد هو رصيد الحساب . ولا تنفع المقاصة بين مبلغ وآخر على وجه الاستقلال ، بل تقع بين مجموع الأصول ومجموع الخصوم ، لأن الحساب لا يتجزأ كما سبق القول^(١) . وما قلناه فى الوكالة يسرى على الحراسة ، فالخارس نائب عن صاحب المال كما قلنا .

٤٦٨ - ما يخص بـ الخارس فى تقديم الحساب : على أن المادة ٧٣٧ مدنى ، بعد أن قضت بأن يقدم الخارس حساباً بما تسلمه وبما أنفقه معزراً عما ثبت ذلك من مستندات^(٢) ، نظمت هذا الالتزام تنظيمًا دقيقاً على الوجه

(١) انظر فى كل ذلك ما قلناه فى الوكالة آنفاً فقرة ٢٩٦ .

(٢) كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٣٧ مدنى يلزم الخارس أن يقدم حساباً صحيحاً . فحذف لفظ «صحيحاً» فى لجنة المراجعة (انظر آنفاً فقرة ٤٦٦ فى الماحش مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٦) . ويرجع سبب الحذف إلى علم الجلوى من وصف الحساب بأن يكون صحيحاً ، إذ الخارس ملزم بأن يقدم ما يميزر الحساب من مستندات فيقع عليه هو عبء إثبات أنه حساب صحيح ، فيكفى إذن أن يقال إنه ملزم بتقديم حساب معزى بالمستندات (قارن عبد الحكيم فراج فقرة ٣٩٠ ص ٢٥٦) . انظر فى وجوب تمرير الحساب بالمستندات التى تؤيده : استئناف غنط ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٥٤ .

والخارس ملزم بتقديم الحساب التزاماً خاصاً مستقلاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا عين خارس على وقف لإدارته وإيداع صافى ريمه خزائنة المحكمة لدين على المستحقين فى الوقف ، فإن حق الدائن فى محاسبة الخارس هو حق خاص به مستقل عن حق الدين المستحق ، فإذا تنازل المستحق عن دعواه ضد الخارس بتقديم الحساب ، فإن هذا التنازل لا يؤثر فى حق الدائن فى مطالبة الخارس بتقديم الحساب والإيداع . ولا يؤثر فى ذلك نزاع الدين فى بقاء الدين ، ومن ثم فإذا حكمت المحكمة بوقف دعوى الحساب كان حكمها مخالفاً للقانون (نقض مدنى ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩١ ص ٤٦٥) . كذلك يجب على الخارس أن يميزر الحساب بالمستندات . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم الذى أقيم الخارس قد ألزمه بأن يقدم إلى صاحب الدين حساباً عن إيراداته ومنصرها مشفوعاً بما يؤيده من المستندات ، فإن تقديمه هذا الحساب يكون على هذا الوجه التزاماً قانونياً ، فضلاً عن كونه الخارس مكلفاً قانوناً بتقديم الحساب . وإذن فإذا كان الحكم قد أقيم نقضاً على الدعوى على قاعدة أن كشف حساب الخارس ، مجرداً عن المستندات المرفقة له ، يعتبر إقراراً لا يجوز تجزئته ، وناسياً على هذه القاعدة قال ما يفيد أنه اعتبر الحساب صحيحاً متى يقوم الدليل على عدم صحته ، مفعياً الخارس بذلك ضماناً من تقديم المستندات المؤيدة للمبالغ التى صرفها بمقولة أنها ديون وفاها ، فإن الحكم يكون غير صحيح فى القانون (نقض مدنى ٢٥ مارس -

الآتي : (١) ألزمت الحارس أن يتخذ دفاتر حساب منظمة ، بل أجازت للقاضي أن يلزم الحارس باتخاذ دفاتر حسابات موقع عليها من المحكمة إذا كانت أهمية المال الموضوع تحت الحراسة تقتضي ذلك^(١) . (٢) ألزمت الحارس أن يقدم الحساب لنوى الشأن كل سنة على الأكثر ، ولوقبل انتهاء الحراسة^(٢) . ويجوز أن يلزم الاتفاق أو حكم الحراسة الحارس أن يقدم الحساب في السنة أكثر من مرة ، كما يجوز للحارس أن يقدم الحساب من تلقاء نفسه أكثر من مرة في السنة . وعلى كل حال يجب على الحارس أن يقدم حساباً أخيراً عند انتهاء مهمته ، ولوقبل انقضاء السنة^(٣) . (٢) ألزمت الحارس ، إذا كانت

= سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٢ ص ٥٨١) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا حصل تعرض من الغير لمستأجر العقار في انتفاعه به ، فطلب في مواجهة المتعرض والمؤجر تعيين المؤجر حارساً لإدارة الأطنان وإيداع غلها خزانة المحكمة وقضى له بذلك ، ثم رفع الدعوى على المؤجر بمطالبة برد ما دفع مقدماً من الأجرة وبتمريض عما فاتته بصفتة مستأجراً من الربح في مدة الإيجار ، وبني دعواه على أن المدعى عليه استول على الحاصلات ولم يدفع مما حصله منها شيئاً ، فقضت المحكمة برفضها بناء على ما استخلصت استخلاصاً سائفاً من ظروف الدعوى وأوراقها من أن عقد الإيجار لم يطل ولم يطل بفعل المؤجر ، وعلى أساس أن يد المدعى لا تعتبر أنها رفعت عن الأطنان المؤجرة بوضع الأطنان تحت الحراسة القضائية ، وأن المدعى عليه بصفتة مؤجراً لا مسئولية عليه ، بل إن مسأله لا تكون إلا بصفتة حارساً ومن طريق رفع دعوى حساب عليه ، فإنها لا تكون قد أخطأت في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٣ ص ٣٠٢) . وقضت كذلك بأن الحارس مسئول عن تقديم الحساب عن إدارته لأعيان التركة بما فيها عقار آلت ملكيته بالقسمة لأحد الورثة (نقض مدني ٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠١ ص ٥٩١) .

وانظر محمد علي رشدي فقرة ٢٧٩ - محمد علي راتب بقرة ٣٤٤ - محمد عبد الغني فقرة ٣٢٥ .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٣٧ مدني يلزم الحارس باتخاذ دفاتر حسابات منظمة موقع عليها من المحكمة في جميع الأحوال ، فبعد النص في لجنة مجلس الشيوخ وجعل الإلزام باتخاذ دفاتر موقع عليها من المحكمة أمراً جوازياً يترك للقاضي تقديره بحسب ظروف كل حالة (مجموعة الأعمال التشريعية ٥ ص ٢٩٧ - وانظر أيضاً فقرة ٤٦٦ في الماش) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الخططة ، في عهد التتبعين المذق القديم وبالرغم من عدم وجود نص يلزم الحارس بتقديم الحساب كل سنة على الأكثر ، بأن على الحارس أن يقدم حساباً مرة على الأقل كل سنة ، حتى لو خلا الحكم الصادر بالحراسة من تكليفه بإيداع صافي الحساب (استئناف مخطوط ٢٧ مايو سنة ١٩٢٥ ص ٣٧ م ٤٥٧-٣١ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٨٨) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التشريعية ٥ ص ٢٩٩ .

المحكمة هي التي عينته ، سواء كان حارساً قضائياً أو حارساً انفاقياً ، أن يودع صورة من الحساب قلم كتاب المحكمة ، لينتج للمحكمة فرصة مراجعته وتبسيط بذلك رقابة المحكمة على إدارة الحارس^(١) .

المبحث الرابع

رد المال

٤٦٩- نص قانوني : تنص الفقرة الثانية من المادة ٧٣٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« وعلى الحارس حينئذ (أي عند انتهاء الحراسة) أن يبادر إلى رد الشيء الموهود إليه حراسته إلى من يختاره ذوو الشأن أو من يعينه القاضي »^(٢) .

ولامةً بل لهذا النص في التقنين المدني القديم ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص لأنه تطبيق للقواعد العامة .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٧٠٤/٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٣٨/٢ - ولا مقابل للنص

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يجب على الحارس أن يؤدى حساباً من إدارته إلى ذوى الشأن . وقد حدد المشروع هذا الالتزام ونظمه حتى يكون له أثر فعال في ضمان الرقابة على إدارة الحارس ، فالزم الحارس أولاً باتخاذ دفاتر منظمة موفقة عليها من المحكمة (وذلك قبل تعديل المشروع في لجنة الشيوخ على ما رأيناه) ، كما هو شأن التجار فيما يجب عليهم اتخاذه من دفاتر ، حتى ينتج بذلك أو يقل إمكان التلاعب في الحسابات . ثم ألزمه بأن يقدم كل سنة على الأكثر حساباً صحيحاً ، بما تسلمه وبما أنفق ، وحتم عليه أن يبرز حساباً بما يزيد من مستندات ، وكلفه بتقديم هذا لكل من ذوى الشأن وبإداع صورة منه بقلم كتاب المحكمة التي عينته إذا كان تعيينه بحكم ، حتى يسهل على ذوى الشأن وعلى المحكمة مراجعة الحساب والتحقق من حسن الإدارة (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٩٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٤ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة استبدلت كلمة « حينئذ » بمباراة « بمجرد انتهاء المراسمة » . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٧٧٠/٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٩/٢ ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣٨/٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٩٦) .

في التقنين المدني العراقي - ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبثاني
المادتين ٧٢٤ و ٧٢٦^(١).

٤٧٠ - تطبيق أمطام التزام المودع عنده برد الشيء المودع : يلتزم
الحارس برد المال الموضوع تحت حراسته كما يلتزم المودع عنده برد الشيء
المودع ، وتسرى أحكام التزام المودع عنده بالرد على التزام الحارس بالرد^(٢) .
وقد صرح بذلك تقنين الموجبات والعقود اللبثاني (م ٧٢٤)^(٣) وهو مفهوم
من طبيعة مهمة الحارس ، فهو وكيل أو نائب فيما يتعلق بإدارة المال وبتقديم
حساب عنه ، ومودع عنده فيما يتعلق بتسلم المال وبحفظه وبرده .

وعلى ذلك تسرى هنا الأحكام التي بسطناها تفصيلاً فيما يتعلق بالتزام
المودع عنده برد الشيء المودع : في رد المال الموضوع تحت الحراسة عتياً^(٤)
أو بمقابل ، وفي رد الثمار ، وفي مكان الرد ومصرفات ، وفي جزاء
الإخلال بالتزام الرد^(٥) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٢/٧٠٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٢/٧٣٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا يشمل على نصوص في الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبثاني م ٧٢٤ : يجب على الحارس أن يعيد الشيء المحبوس
بإلا إبطاء إلى الشخص الذي يمينه له التفريقان أو القضاء - ويترتب عليه من الموجبات فيما يخص
برده ما يترتب على الوديع المأجور .

م ٧٢٦ : إذا نطت الحراسة بعدة أشخاص ، فالتضامن يوجد حتى يبينم طبقاً للقواعد
المخصصة بالوكالة .

(و) أحكام التقنين اللبثاني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(٢) محمد على عرفة ص ٥٤٩ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٦٩ في المامش .

(٤) ويكون ذلك عادة بموجب محضر الجرد الذي تسلم الحارس به المال (محمد على راتب

فقرة ٣٤٥) .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٣٦٣ - فقرة ٣٦٥ و فقرة ٣٦٨ - فقرة ٣٧١ - ويستأنس أيضاً
بما ورد في التزام الوكيل برد ما في يده من مال الموكل (انظر آنفاً فقرة ٣٦٨ وما بعدها) ،
وبخاصة فيما يتعلق برد الأوراق والمستندات والأحكام الخاصة بالحراسة كمقود الإيجار الخاصة
بالمستأجرين والأحكام الصادرة ضدهم وأوراق التنفيذ وما إلى ذلك (انظر محمد على راتب

فقرة ٣٤٥) .

ولكن الحارس يختلف عن المودع عنده في الأمرين الآتين : متى يكون الرد ، ولين يكون .

٤٧١ — متى يكون الرد ولين يكونه : يكون الرد عند انتهاء الحراسة ، وسنرى فيما يلي متى تنهى . وقد تنهى مهمة الحارس قبل انتهاء الحراسة في ذاتها ، ويكون ذلك بتنحي الحارس عن الحراسة أو بعزله عنها أو بموته أو بالحجر عليه ، وفي جميع هذه الأحوال يحل حارس آخر مكانه^(١) ، فيكون الرد إذن إما عند انتهاء الحراسة ، وإما عند انتهاء مهمة الحارس^(٢) : ويكون الرد ، في حالة انتهاء الحراسة في ذاتها ، إلى من يختاره ذوو الشأن في الحراسة الاتفاقية . أو إلى من يثبت له الحق في الشيء أو من يعينه القاضي في الحراسة القضائية . أما في حالة انتهاء مهمة الحارس قبل انتهاء الحراسة في ذاتها ، فيكون الرد للحارس الجديد الذي يخلف الحارس الأول في مهمته^(٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٥٣ — فقرة ٤٥٤ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « إذا اتفق ذوو الشأن جميعاً على إنهاء الحراسة ، أو لم يتفقوا على ذلك وحكم به القضاء ، انتهت الحراسة وانتهت مأمورية الحارس . ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتفق ذوو الشأن على استمرار الحراسة وإنهاء مأمورية الحارس بأن يعينوا حارساً جديداً بدلاً منه ، ولا يمنع القاضي من أن يأمر باستمرار الحراسة وعزله الحارس الأول وإبدال غيره به ، سواء كان ذلك بناء على اتفاق المصوم أو بناء على طلب بعضهم وبعد سماع البعض الآخر . ومتى انتهت مأمورية الحارس بهذا الشكل أو ذلك ، وجب عليه رد الشيء المهدود إليه حراسته وفقاً للفقرة الثانية من المادة ١٠٢٤ (من المشروع التمهيدى) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٨ — ص ٢٩٩) .

وتجب مطالبة الحارس بالرد ، فلا يعتبر المؤجر المعين حارساً على العين المؤجرة متصرفاً للمستأجر بمجرد إلقاء حكم الحراسة ، ما لم يثبت امتناعه عن التخل عنها بعد مطالبته بذلك عن طريق تنفيذ الحكم القاضي بإلغاء الحراسة (نقض مدني ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٥ ص ٦١٧) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « متى انتهت مأمورية الحارس ، سواء بإقالته عنها أو بإنهاء الحراسة ذاتها ، وجب عليه أن يبادر برد الشيء المهدود إليه حراسته مع حساب أخير سواء إلى من يخلفه في الحراسة ، أو إلى من يثبت حقه في ذلك الشيء ، أو إلى من يختاره ذوو الشأن ، أو من يعينه القاضي لذلك : ٢/١٠٢٤ (من المشروع التمهيدى) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٩) .

الفرع الثاني

حقوق الحارس

المبحث الأول

تقاضى الأجر

٤٧٢ - نص قانوني : تنص المادة ٧٣٦ من التفتين المدني على ما يأتي :

« للحارس أن يتقاضى أجراً ، ما لم يكن قد نزل عنه »^(١) .

ويقابل النص في التفتين المدني السابق المادة ٤٩٢/٦٠١^(٢) .

ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري

المادة ٧٠٢ - وفي التفتين المدني الليبي المادة ٧٣٦ - ولا مقابل للنص في

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠٢٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - الحارس أن يتقاضى أجراً ، ما لم يكن قد تنازل عن ذلك . وله أن يسترد ما أنفق من مصروفات على حفظ المال الموجود في حراسته وعلى إدارته . ٢ - وله الحق في حبس الأموال الموضوعة تحت الحراسة حتى يستوفى الحقوق التي تخوله لإيادها هذه المادة ، وذلك دون إخلال بما يقرره هذا القانون له من حق امتياز » . وفي لجنة المراجعة لم تسنق إلا العبارة الأولى من الفقرة الأولى من النص . فأصبحت مطابقة لما استقرت عليه في التفتين المدني الجديد ، وصار رقمها ٧٩٨ في المشروع النهائي ، وحلت بقية الفقرة الأولى وكل الفقرة النائية اكضاء بالقواعد العامة . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٧٦٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣٦ (مجموعة الأعمال التشريعية « ص ٢٩٣ - ص ٢٩٥) .

(٢) التفتين المدني القديم م ٤٩٢/٦٠١ : إيداع الأشياء المتنازع فيها يجوز أن يكون

بمقابل .

(ويبدو أن التفتين المدني القديم كان لا يسلط الحارس حقاً في الأجر إلا إذا اشترط ذلك ، أما في التفتين المدني الجديد فالحارس له حق في الأجر إلا إذا نزل عنه . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « فقد نصت هذه المادة على حق الحارس في أن يتقاضى أجراً ما لم يكن قد تنازل عن ذلك ، بخلافه بهذا نص المادة ٤٩٢ من التفتين الحالي - القديم - الذي يقرر أن إيداع الأشياء المتنازع فيها يجوز أن يكون بمقابل . وقد أراد المشروع بذلك أن يحصد ما غلب وقوعه في السبل وما قدرته المحاكم من أن الأصل في الحراسة أن تكون بأجر : استثناء أهل ٢٠ مارس سنة ١٩٠٧ المحاكم ١٨ ص ٤٠٠٠ رقم ١١٤ » : مجموعة الأعمال التشريعية « ص ٢٩٣ - ص ٢٩٤) .

التقنين المدني العراقي - ويقابل في تقنين الموجبات والنفود اللبناني المادتين ٧٢١ و ٧٢٧^(١) .

٤٧٣ - **الرؤس في الحارس أنه يكونه بأجر : والأصل في الحارس بخلاف الوكيل والمودع عنده - أن يكون بأجر ، حتى لو لم يشترط ذلك .** فإذا سكت الحارس عن الأجر كان مأجوراً ، ولا يكون غير مأجور إلا إذا نزل صراحة أو ضمناً عن الأجر^(٢) . وقد رأينا عكس ذلك في الوكيل والمودع عنده ، فكلاهما لا يكون مأجوراً إلا إذا اشترط الأجر^(٣) . وقد أراد المشرع بذلك أن يحدد - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - ما غلب وقوعه في الأعمال ، وما قرره المحاكم من أن الأصل في الحراسة أن تكون بأجر^(٤) .

٤٧٤ - **كيف يضر المؤجر : يقدر الأجر الاتفاق إذا كانت الحراسة**

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٠٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٣٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا يشمل حل فصوص في الحراسة .

تقنين الموجبات والنفود اللبناني م ٧٢١ : يجوز ألا تكون الحراسة مجانية .

م ٧٢٧ : يجب حل الفريق الذي يرد إليه الشيء أن يدفع إلى الحارس النفقات الضرورية والنفقات المفيدة التي أنفقها بذية حسنة وبلا إفراط ، وأن يتقده الأجر المطلق عليه أو الذي حبه القاضي - وإذا كان الإتيان اختيارياً ، فالحارس أن يتقده الفهمى حل جميع المودعين ليسلمهم حل أداء النفقات وإيقاد الأجر له ، مع مراعاة النسبة بين مصالحهم في القضية .

(وأحكام التقنين اللبناني تنطق في مجملها مع أحكام التقنين المصري ، غير أنه يبدو أن الحارس في التقنين اللبناني لا يتقاضى أجراً إلا إذا اشترط ذلك ، بخلاف التقنين المصري حيث يتقاضى الحارس أجراً إلا إذا نزل عنه . كذلك لا تضامن في التقنين اللبناني بين المودعين المستعدين في الحراسة الائتمانية في التزامهم نحو الحارس ، وهم متضامنون في التقنين المصري) .

(٢) وقد ينص في الحكم على أن تكون الحراسة بغير أجر ، فإذا لم ينص الحكم على ذلك كانت الحراسة بأجر ، ولو كان الحارس شريكاً في ملكية العقار المرشوع تحت الحراسة (استثناء مصر ٢ مارس سنة ١٩٣٣ الهامة ١٣ رقم ٦٣١ ص ١٢٤٠) .

(٣) انظر أكتافاً فقرة ٢٧٥ و فقرة ٣٧٤ .

(٤) مجموعة الأعمال التصديرية - ص ٢٩٤ .

اتفاقية^(١). فإذا سكت الاتفاق عن تعيين الأجر ، أوكانت الحراسة قضائية ، تكفل القاضي بتعيين الأجر^(٢). ويراعى في ذلك الجهد الذى بذله الحارس ، وأهمية العمل الذى قام به ، والنتيجة التى وصل إليها فى إدارته ، والمسئوليات التى تعرض لها ، وكفايته الخاصة فى الإدارة ، وغير ذلك من العناصر التى تعين القاضي على تقدير الأجر المناسب للحارس^(٣).

ويقرر الأجر بأمر على عريضة من رئيس المحكمة التى عينت الحارس ، أو قاضى الأمور المستعجلة^(٤) ، أو رئيس المحكمة التى استؤنفت أمامها حكم

(١) ويبدو أن لا يجوز تعديل الأجر المتفق عليه ، تطبيقاً لأحكام الدورية على أحكام الوكالة فى هذه المسألة .

(٢) وقد ينص الحكم على أن تكون الحراسة بنهر أجر ، ثم يفتى أصحاب الشأن على أن تكون بأجر ، ويبنى الأجر المتفق عليه أو المحكوم به سارياً حتى يمدل باتفاق أو يحكم جديد . وقد قضت محكمة النقض بأنه من الجائز أن يكون تقرير أجرة الحراسة القضائية باتفاق بين أصحاب الشأن لاحقاً للحكم القاضى بفرض الحراسة ، حتى لو كان هذا الحكم قد نص على أن تكون بنهر أجر ، ذلك أن الخصوم فى الأحكام الصادرة فى المواد المدنية أن يفتقروا على خلاف ما قضت به . ويلاحظ أن أجر الحارس القضائى الذى يقرر سواء بمحكم أو باتفاق بين أصحاب الشأن يظل سارياً حتى يمدل أو يمدل بمحكم أو باتفاق جديد . ومن ثم فإذا كانت عبارة الإقرار الصادر من المستعجلين فى الوقت واسعة الدلالة على سريان أجرة الحراسة مادامت الطاعة قائمة بإدارة الوقت بوصفها حارسه عليه وليس فيها أى نص يفيد توقيت الأجرة لمدة معينة قبل انقضاء هذه الحراسة ، فإن اعتبار المحكمة هذا الإقرار غير ملزم للمؤمنين عليه طوال مدة الحراسة ، ذلك يكون خطأ فى تطبيق قانون المقدم لما فيه من تحريف لعبارة الواضحة وخروج عن ظاهر مدلولها (نقض مدعى ٢٤ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٦ ص ٣٩٠) .

(٣) استئناف مخطئ ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٢ - ١٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٩ - عبد الحكيم فراج بقرة ٣٩٧ - محمد على رشدى بقرة ٢٨١ - محمد على راتب بقرة ٣٤٩ - محمد عبد الحلث بقرة ٣٢٨ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن قاضى الأمور المستعجلة ينحصر بتقدير أجر الحارس ومصاريفه التى أتتاه فى دعوى الحراسة ، وينحصر تباً بانفصال فى الممارسة فى هذا التقدير . واختصاصه فى ذلك غير قائم على القاعدة العامة فى اختصاص قاضى الأمور المستعجلة المقررة بالمادة ٢٨ مرافعات (٤٩ جديد) ، وإنما هو اختصاص خاص يقوم على أساس علاقة النتيجة بين الأصل الذى هو الدعوى التى اختص بها وبين الفرع الذى يفرض عليها من تقدير مصروفاتها وما يلحق بها من أنصاف المحامى أو الخبير أو الحارس المعين فيها ، وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة المقررة فى المادتين ١١٦ و ١١٧ مرافعات (٣٦٢ و ٣٦٣ جديد) . وإذا فلا ضرورة لاستيفاء شرطى الاستعجال وعدم المساس بالموضوع . ولا يثير من ذلك قيام دعوى لدى محكمة الموضوع بطلب محاسبة الحارس عن إدارته إقال موضوع الحراسة ، فإنه متى كان موضوع اختصاص قاضى

قاضي الأمور المستعجلة^(١) ، بحسب الأحوال .

٤٧٥ - من يلزم بأجر الحارس : إذا كانت دعوى الموضوع لا تزال منظورة ، رجع الحارس بأجره على طالب الحراسة^(٢) ، وهذا يرجعها على من يكسب دعوى الموضوع إذا لم يكن هو الذي كسبها . أما إذا كانت دعوى الموضوع قد فصل فيها ، فإن الحارس يرجع بأجره على من كسب الدعوى أو على من حكم عليه بالمصروفات^(٣) .

== الأمور المستعجلة مقررأ على الوجه السابق كان له كل ما لقاضي الموضوع من سلطة في التقدير . أما ما قد يترتب من احتمال أن يثبت في دعوى الموضوع تلك سوء إدارة الحارس فردود بأنه غير منتج ، إذ هذا الاعتراض عام لا يتوجه إلى اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بذات ، بل إلى كل قاض يختص بتقدير ، وهو حين يواجه بهذا الاعتراض يفصل فيه حسبما يراه له في الدعوى ، ولكن لا يقضى بهدم اختصاصه بنظرها (نقض مدع ١٩ ماي سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٣ ص ٧٨٢) . وانظر استئناف غخط ٢٣ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٣١ - وقارن محمد على عرفة ص ٥٥٠ .

(١) محمد عبد الطلعت فقرة ٣٣١ ص ٢٨٤ - وقد قضت محكمة الاستئناف الغخط بأنه إذا ألفت محكمة الاستئناف حكماً قضى برفض الحراسة وقامت هي باختيار الحارس ، فإنه يصح عندئذ على الحارس أن يلجأ إليها (لرئيس محكمة الاستئناف) لتقدير أتمامه . ولا يجوز أن يلجأ لقاضي الأمور المستعجلة ، إلا إذا كان ملتبساً بتعيينه لحكم ذلك القاضي وكان دور محكمة الاستئناف مقصوراً على تأييد هذا الحكم . ولا يؤثر في هذا النظر كون محكمة الاستئناف لدى تعيينها الحارس قد أمرته بأن يودع حساب إدارته قلم كتاب محكمة أول درجة ، ملاحظة في ذلك التيسير على الخصوم وكون هذه المحكمة هي التي تنظر النزاع الموضوعي (استئناف غخط ٢٣ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٣١) .

(٢) استئناف غخط ١٠ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٤٦ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٧٩ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٢٨ - أول ماي سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٤٤ - ومن اقتصر على الموافقة على طلب الحراسة لا يعتبر طالباً للحراسة ، فلا يلزم برفع الأجر (استئناف غخط ١٨ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٣٥) - وقضى بأنه يجوز رجوع الحارس بالأجر على الخصوم جميعاً إذا كانت الحراسة لمصلحتهم ، كما في الحراسة على العين في الشيوخ (استئناف غخط ٧ يولييه سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٢٠ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٢٨) . ويرجع الشركاء بالمصروفات والأجر على الشريك الذي تسبب بفعله في فرض الحراسة (استئناف غخط ٢٦ يناير سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ١٤٨) .

(٣) استئناف مصر ٢ مارس سنة ١٩٣٣ الحامدة ١٣ رقم ٦٣١ ص ١٢٤٠ - عبد الحكيم فراج فقرة ٢٩٨ - محمد على راتب فقرة ٣٤٩ ص ٨٩٠ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٦٣ .

المبحث الثاني

استرداد المصروفات والتعويض

٤٧٦ - هو الحارس في استرداد المصروفات وفي التعويض : كانت الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى للمادة ٧٣٦ مدنى تجرى على الوجه الآتى : « الحارس أن يتقاضى أجراً ، ما لم يكن قد تنازل عن ذلك - وله أن يسترد ما أنفقه من مصروفات على حفظ المال الموجود فى حراسته وعلى إدارته » . فحذفت فى لجنة المراجعة العبارة الأخيرة من هذا النص الخاصة باسترداد المصروفات ، اكتفاء بالقواعد العامة^(١) . والقواعد العامة تقضى بأن يسترد الحارس ما أنفقه من مصروفات ضرورية فى حفظ المال وفى إدارته ، كمصروفات الترميمات الضرورية ومصروفات الزراعة من ثمن بنور وسباد ومواش وآلات ومبيدات للحشرات وأجور العمال والمستخدمين الذين يستعين بهم الحارس فى أداء مهمته . وكذلك يسترد ما أنفقه من مصروفات ناعمة ، كمصروفات أنفقها فى تحسين العين ، إذا حصل على موافقة ذوى الشأن أو إذن القاضي ، كل هذا ولو كان يتقاضى أجراً^(٢) . وللحارس ، شأنه فى ذلك شأن المودع عنده والوكيل ، الرجوع بالتعويض عما يصيبه من ضرر يكون سببه المباشر قيامه بمهمته دون أن يكون فى جانبه أى خطأ^(٣) . ويسترد الحارس المصروفات ويتقاضى التعويض من صاحب المال إذا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٢٩٤ - وانظر أيضاً فقرة ٤٧٢ فى الهامش .
(٢) والحارس ، بخلاف الوكيل ، لا يتقاضى فوائد قانونية للمصروفات التى أنفقها من وقت صرفها (استئناف مخطوط ه مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٦٩ - محمد عل رشدى فقرة ٢٨٢) . وقد قضى بأن للحارس ، ولو كان أجوراً ، أن يدخل فى المصروفات ما بهيات مستخدم الحراسة وأجرة المكاتب التى يدير فيها الأعيان ومصروفات البريد والتلفون والتغراف والتور وما إلى ذلك (استئناف مخطوط ه مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٦٩ - ١٥ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٧٠) .

(٣) انظر أيضاً فقرة ٢٨٩ وما بعدها بالنسبة إلى الوكيل ، وقرة ٣٧٨ - فقرة ٣٧٩ بالنسبة إلى المودع عنده .

كان النزاع قد فصل فيه، فإن لم يكن قد فصل فيه استرده من طالب الحراسة
أومن الخصوم الآخرين ، على أن يرجعوا به على من يحكم لصالحه عند حكم
النزاع^(١).

٤٧٧ - كيف يسرد الحارس المصروفات ويتقاضى التعويض :
تقدر مصروفات الحارس والتعويض المستحق له عن طريق دعوى موضوعية،
لا بأمر على عريضة^(٢). وللحارس أن يخصم المصروفات والتعويض والأجر
من ريع المال الموضوع تحت حراسته عند تقديم الحساب^(٣)، على النحو
الذي يبينه فيما تقدم^(٤).
ولقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر في حكم الحراسة ، أو في أمر على

(١) استئناف مصر ٢ مارس سنة ١٩٢٢ الحاملة ١٣ رقم ٦٢١ ص ١٢٤٠ - عبدالحكيم
فراج فترة ٤٠٠ - محمد علي رشدي فترة ٢٨٢ وفترة ٢٨٥ - محمد علي راتب فترة ٣٥٠ -
محمد عبد الطيف فترة ٣٣٠.

(٢) محمد علي عرقة ص ٥٥١ - محمد عبد الطيف فترة ٣٣٢ - وانظر عكس ذلك محمد
علي راتب فترة ٣٥٠ ص ٨٩١ وفترة ٣٥٩ - وقد قضت محكمة الاستئناف المخلطة بأن للحارس
أن يستصدر أمر تقدير بأتمائه . أما ما يكون قد أنفقته في سبيل الحراسة من النفقات فلا يجوز أن
يأخذ به أمر تقدير بل يجب أن ترفع به دعوى خاصة أو يطلب الحكم به بصفة فرعية ضمن
دعوى أخرى أوفى أثناء إجراءات التوزيع ، وذلك لأن تقدير هذه النفقات يقتضي تصفية حساب
الحارس ومراجعة مستندات الصرف والإيراد مدة إدارته التي غالباً ما تكون طويلة ، وهذا العمل
لا يمكن أن يضطلع به القاضي الذي يطلب منه أمر التقدير . فلذا أصدر القاضي مع ذلك أمر تقدير
الحارس بهذه النفقات ، فلا يجوز هذا الأمر قوة الشيء المقتضى به بعدم المعارفة فيه من الخصم ،
لأنه إنما صدر من لاصفة ولا ولاية له في إصداره (استئناف مخطط ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٤
٨٧ م ص ٦٠ - وانظر استئناف مخطط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٦٩) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وكذلك نصت هذه المادة على أن
الحارس أن يسرد ما أنفقته من مصروفات على حفظ المال الموجود في حراسته وعلى إدارته .
فلذا كان من البليغ أن الإدارة تستلزم مصروفات ، وأن المدير أن يخصم المصروفات من الإدارة
أولاً بأمر ، فإنه من الممكن أيضاً أن تتصور الحالة التي يحتاج فيها الحارس إلى المطالبة برد هذه
المصروفات إليه ، وهي الحالة التي تنتهي فيها الحراسة بعد أن يكون الحارس قد أنفق هذه المصروفات »
وقيل أن يحصل من الإبرادات على ما بين يديها (مجموعة الأعمال التصديرية ص ٢٩٤) .
وعنى عن البيان أن الحارس ، في هذه الحالة الأخيرة ، أن يقدم باسترداد المصروفات طلباً مستقلاً .
(٤) انظر أيضاً فترة ٤٦٧ - وقد قضى بأن الحارس على حين ثابته أن لا يخصم أجره
ومصروفاته من ريع العين ، ولو كان الذي تسبب في الحراسة .- الشركة ودون البعض الآخر ،
ومن لم تسبب في الحراسة يرجع على من تسبب (استئناف مخطط ٢٦ يناير سنة ١٩٣٣ جازيت
يوليو سنة ١٩٣٤ رقم ٣٩٧ ص ٣٢٦ - محمد علي راتب - ٢٥٠) .

حريضة لاحق للحكم ، بإيداع مبلغ من ريع المال مخصص للحارس بالامتياز على سائر الدائنين يستعين به في أداء مأموريته^(١). وما يقلمه الخصم للحارس للصرف منه يكون ممتازاً امتياز المصروفات القضائية^(٢).

المبحث الثالث

ضمانات حقوق الحارس

٤٧٨ - من المجلس ومن الامتياز : كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٣٦ مدنى يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « وله (الحارس) الحق في حبس الأموال الموضوعة تحت الحراسة حتى يستوفى الحقوق التى تخوله إياها هذه المادة ، وذلك دون إخلال . مما يقرره هذا القانون له من حق امتياز » . فحللت هذه الفقرة في لجنة المراجعة ، اكتفاء بالقواعد العامة^(٣) . والقواعد العامة المقررة في الحبس تقضى بأن يكون للحارس حبس المال الموضوع تحت حراسته حتى يسترد أجره والمصروفات والتعويض (م ٢٤٦ مدنى وما بعدها)^(٤). ولا يؤثر في حق الحبس أن الأجر والمصروفات والتعويض مبالغ غير معينة المقدار ، مادامت محققة الوجود^(٥) :

(١) استئناف مخطط ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٣ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١١٦ (الحارس أن يطلب تقديم مبلغ للصرف منه) - ١٠ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٣ - ٢٠ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٧ - محمد علي رشدي فقرة ٢٨٢ - محمد عبد العلي فقرة ٣٢٩ .

(٢) استئناف مخطط ١٤ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٥٠ .

(٣) مجموعة الأعمال التفسيرية ٥ ص ٢٩٤ - وانظر أيضاً فقرة ٤٧٢ في الماش .

(٤) وتفقر الذاكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « وقد قررت الفقرة الثانية من هذه المادة (وحى التى حلقت في لجنة المراجعة) (الحارس الحق في حبس الأموال الموضوعة تحت الحراسة إلى أن يستوفى أجره وما يجوز له استرداده من المصروفات التى ينفقها . وتعتبر هذه الفقرة تطبيقاً للقاعدة العامة التى قررتها المادة ٣٣١ (من المشروع التمهيدى) بشأن حق الحبس ، وينطبق عليه ما قلناه بشأن حق الحبس في الوديعة : انظر المذكرة على المادتين ١٠٠٥ و ١٠٠٦ من المشروع - فلما أن تبين وإما أن نخلط اكتفاء بالقاعدة العامة (وقد حلقت فلا كما قلنا) » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٥ ص ٢٩٤) .

(٥) محمد علي رشدي فقرة ٢٨٤ - محمد علي رشدي فقرة ٣٥٢ - ٨٩٢ - محمد عبد العلي فقرة ٢٣٣ (ويشير إلى مصر ٢٧ مايو سنة ١٩٥٣ قضية رقم ٤٠٦ سنة ١٩٥٣) .

وللحارس حق امتياز بالمبالغ التي صرفها لصيانة المنقول الموضوع تحت حراسته (م ١١٤٠ مدني^(١)).

٤٧٩ - تضامن طرفي الخصومة : وإذا التزم الخصوم المتعدون نحو الحارس بالأجر أو بالمصروفات أو بالتعويض ، كانوا متضامنين نحوه في هذا الالتزام ، تطبيقاً لأحكام الوكالة حيث تقضي بتضامن الموكلين المتعددين^(٢) ، وقد قدمنا أن أحكام الوكالة تسري على الحراسة فيما لا تتعارض فيه مع نص خاص^(٣) . ولم يكن في التقنين المدني القديم نص على تضامن الموكلين ، ومع ذلك فقد قضى بتضامن الخصوم نحو الحارس في عهد هذا التقنين^(٤) .

= وقد قضى بأن الحارس القضائي حق الحبس بالنسبة إلى مصروفاته وأتباعه ، وله استعماله حتى لو رفعت عن الأمر الصادر في شأنها معارضة ، إذ استعمال هذا الحق لا يتوقف على شرط تصفية الدين بسفقة نهائية (استئناف مخطوط ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢) . ويجوز تعليق دفع يد الحارس على إيداع المبالغ التي يطلبها غرامة المحكمة (استئناف مخطوط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١) . ويجوز استبدال حارس آخر بالحارس الأول وتكون من مهمة الحارس الآخر حبس المالك حتى يستوفى الحارس الأول أجره والمصروفات (استئناف مخطوط ٣ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٤) . وإذا دخلت أعيان الوقف خطأ ضمن الأموال الموضوعة تحت الحراسة ، لم يجوز للحارس حبسها حتى يستوفى الأجر والمصروفات (استئناف مخطوط ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٣) - وانظر في حق الحبس استئناف مخطوط ١٨ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٣٥ .

(١) وقد ذهب بعض الأحكام إلى أن أجر الحارس والمصروفات تستع بحق امتياز المصروفات القضائية (استئناف مخطوط ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ٤١ ص ٧ - ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٤٣ - ١١ يولييه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٥٣ - ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٥٥ - ٢٠ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٧٩ - ٢٢ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٥) .
وعلى أي حال لا يختص قاضي الأمور المستعجلة بالبت فيما إذا كان الأجر والمصروفات تستع بحق امتياز (استئناف مخطوط ٥ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٩) .
(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٩٧ و فقرة ٤٠٣ في المالحش .

(٣) انظر في هذا المعنى محمد علي رشدي فقرة ٢٨٥ ص ٢٨٥ - محمد عبد اللطيف فقرة ٢٣٠ - محمد علي عرفه ص ٥٥٢ - ص ٥٥٣ - وانظر آنفاً فقرة ٤٥٥ .

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأن الحارس القضائي يستحق أجر حراسته على الطرفين بطريق التضامن ، لأنه وديع يحكم من المحكمة له أجر على حراسته يلزم كل واحد من المتخاصمين على الشيء المودع . وللحارس أجرته على من يطلب الإيداع تحت يده لأن الأجرة ترتبت له على هذا الطلب ، وله الأجرة أيضاً على من يطلب الإيداع لاستفادته من الحراسة التي =

الفصل الثالث

انتهاء الحراسة

٤٨٠ - نص قانوني : تنص الفقرة الأولى من المادة ٧٣٨ من التفتين

المدني على ما يأتي :

« تنتهى الحراسة باتفاق ذوى الشأن جميعاً أو بحكم القضاء »^(١) .
ولا مقابل لهذا النص في التفتين المدني القديم ، ولكن الحكم كان معمولاً به
دون نص لاتفاقه مع القواعد العامة .

ويقابل النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني
السوري المادة ١/٧٠٤ - وفي التفتين المدني الليبي المادة ١/٧٣٨ ولا مقابل
للنص في التفتين المدني العراقي ، ولا في التفتين المرجبات والعود اللبناني^(٢) .

« هي عمل عام لمصلحة كل المتخاصمين على السواء . وتلزم أجرة الحارس من حكم بأحقية الودعية
لاستفادة من الحراسة بحفظ سعة على أكل وجه . وتلزم من حكم عليه بمصاريف الحراسة لأنه
سببها بمجموده حق من حكم له بالودعية في الحراسة ومانترب عليها من أجرة الحارس ، لأن الحارس
القضائي قريب الشبه بالخير الذي تنتدبه المحكمة ، لأن كليهما مكلف بأمر يربط به من قبل المحكمة لمصلحة
المتخاصمين ، فكما غول القانون للخير الحق في طلب أجرته من كلا الخصمين يجب أن يجوز
الحارس القضائي هذا الحق أيضاً ، ولأن القانون المدني غول الحارس في المادة ٤٨٨ مدني (قديم)
حق حبس الودعية لاستيفاء ما هو مستحق له فلا يجوز استرداد الودعية منه إلا بعد أن يوفى بمصاريفه
بأكملها بصرف النظر عما إذا كان قد حكم لأحد الخصوم بأحقية الودعية كلها أو بعضها وذلك لأن كل
الخصوم ملزمون له بالتضامن (استئناف مصر ٨ مارس سنة ١٩٣٣ الهامة ١٣ رقم ٦٣١ ص ١٣٤٠) .
انظر أيضاً في تضامن الخصوم نحو الحارس تفتيلاً لأحكام الوكالة على أحكام الودعية :
ملف قض فرنسي ٢٧ أبريل سنة ١٨٥٩ دالوز ٥٩ - ١ - ١٧١ - باريس ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٩
جازيت دي باليه ١٩٣٠ - ١ - ٤١٥ - هيك ١١ فقرة ٢٧٨ - جيوار فقرة ١٨٥ - بودري
وفال فقرة ١٣٠٣ - بلانويك وريير وسالتييه ١١ فقرة ١١٩٧ ص ٥٤١ هامش ٣ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ١٠٢٤ من المشروع
التهديدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة
تحت رقم ١/٧٧٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/٧٦٩ ، ثم مجلس
الشيوخ تحت رقم ١/٧٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٨ - ص ٢٩٩) .

(٢) التفتينات المدنية العربية الأخرى :

٤٨١ — انتهاء مأمورية الحارس وود انتهاء الحراسة : قد تنتهى مأمورية الحارس دون أن تنتهى الحراسة ذاتها ، ويكون ذلك بتنحي الحارس عن الحراسة لعذر مقبول^(١) ، أو بعزله عن الحراسة لسبب يستوجب ذلك^(٢) ، أو بموته ، أو بالحجر عليه . وعند ذلك تزول صفة الحارس ولكن الحراسة تبقى ، فيعين حارس جديد يحل محل الحارس الأول^(٣) . ويستوى في هذا كله الحراسة القضائية والحراسة الاتفاقية .

وقد تنتهى الحراسة ذاتها ، فتنتهى بانتهاء مأمورية الحارس ، وترفع الحراسة عن المال . ويحسن هنا أن نميز بين الحراسة الاتفاقية والحراسة القضائية .

٤٨٢ — انتهاء الحراسة الاتفاقية : الأصل في الحراسة الاتفاقية أنها تنتهى بثبوت الحق لأحد طرفي الخصومة ، وهذا مستفاد من تعريف هذه الحراسة ، فهي « عقد يعهد الطرفان بمقتضاه إلى شخص آخر بمقتول أو حار أوجموع من المال يقوم في شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت ، فيتكفل هذا الشخص بحفظه وإدارته وبرده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه » (م ٧٢٩ مدني) . ويخلص من هذا النص أن الحراسة الاتفاقية تلوم بموجب الاتفاق عليها مادام الحق غير ثابت لأحد طرفي الخصومة . فإذا ثابت هذا الحق لأحد الطرفين . انتهت الحراسة من تلقاء نفسها ، ووجب على الحارس أن يسلم المال إلى من ثبت له الحق .

= التقنين المدني السوري م ١/٧٠٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ١/٧٣٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا يشتمل على نصوص في الحراسة .

تقنين الموجبات والمقود البتاني : لا مقابل ولكن النص تطبيق لقواعد العامة .

(١) انظر أيضاً فقرة ٤٥٣ بالنسبة إلى الحارس القضائي ، وفقرة ٤٠٣ في الماش بالنسبة إلى الحارس الاتفاق .

(٢) انظر أيضاً فقرة ٤٥٤ بالنسبة إلى الحارس القضائي ، وفقرة ٤٠٣ في الماش بالنسبة إلى الحارس الاتفاق - وانظر مصر الكلية ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ٨٥ ص ١٩٤ .

(٣) جد الحكم فراج فقرة ٤١٩ ص ٣٧٩ - محمد علي راتب فقرة ٣٦١ ص ٩١٢ -

ولكن يجوز للطرفين ، قبل ثبوت الحق لأحدهما ، أن يتفقا على إنهاء الحراسة . فهما قد أقاماهما باتفاقهما ، ويستطيعان بداهة أن ينهياها باتفاقهما كذلك . وغنى عن البيان أنهما عندما يتفقا على إنهاء الحراسة ، يتفقا في الوقت ذاته على الشخص الذى يسلم له الحارس المال بعد أن انتهت الحراسة ، ويكون هذا الشخص عادة هو أحدهما ، لأنه لو كان أجنبياً ولا يزال الحق غير ثابت فسر ذلك بأن الحراسة الاتفاقية لا تزال مستمرة ولم يتغير الاشخص الحارس .

٤٨٣ — انتهاء الحراسة القضائية : أما الحراسة القضائية فتنتهى بأحد أمور ثلاثة :

أولاً — باتفاق ذوى الشأن جميعاً على انتهائها . فإن الحراسة القضائية ، وإن فرضت بحكم القضاء ، قد فرضت مراعاة لمصلحة الخصوم ، فإذا اتفق الخصوم جميعاً على انتهائها انتهت ، ووجب على الحارس تسليم المال إلى من يتفق الخصوم على تسليمه إياه ، دون حاجة إلى حكم بذلك .

ثانياً — بنسب النزاع الموضوعى وثبوت الحق لأحد الطرفين . فإذا كان هناك نزاع على ملكية مال وترتب على هذا النزاع أن يوضع المال تحت الحراسة ، فإن صدور حكم نهائى في موضوع النزاع يبت فى أى من الطرفين هو المالك ينهى الحراسة لتفاد غرضها^(١) . ويتعين على الحارس فى هذه الحالة أن يسلم المال لمن حكم له بالملكية ، دون حاجة إلى حكم بذلك ، فإن الحراسة قد انتهت من تلقاء نفسها . كذلك إذا وقع نزاع على إدارة المال الشائع فوضع تحت الحراسة حتى تعين المحكمة مديراً دائماً له طبقاً لأحكام المادة ١/٨٧٨ مدنى ، بقيت الحراسة إلى أن تعين المحكمة هذا المدير ، فإذا ما عينته انتهت الحراسة من تلقاء نفسها ، ووجب على الحارس أن يسلم المال للمدير الذى عين^(٢) . وإذا وضع مال شائع تحت الحراسة حتى تتم قسمته وتمت القسمة ،

(١) ويجب أن يكون الحكم قد حسم النزاع ، فلا يكفي الحكم القاضى بشطب الدعوى أو باعتبارها كأن لم تكن أو بطلب الاختصاص لويبطلان صحيفة الدعوى (محمد حل واتب فقرة ٣٦١ ص ٩٠٩ — محمد حل مرقعة ص ٥٥٥) .

(٢) انظر أيضاً فقرة ٤٢١ .

انتهت الحراسة تلقائياً ووجب على الحارس أن يسلم إلى كل شريك حصته المقرزة دون حاجة إلى حكم^(١).

ثالثاً - بحكم القضاء ولو قبل حسم النزاع الموضوعي . ويكون ذلك إذا تغيرت الظروف التي استدعت فرض الحراسة ، بحيث لا يعود لها مقتضى . مثل ذلك أن يعين حارس قضائي على تركة أو على شركة ، ثم يعين مصف لهذه التركة أو الشركة ، فتدخل مهمة الحارس في مهمة المصفى ، ولا يعود هناك مقتضى لبقاء الحراسة . ومثل ذلك أيضاً أن يعين حارس على مال شائع لاختلاف الشركاء في حصصهم ، ثم يقسم المال قسمة مهابأة بالراضى : فتنتهى الحراسة إذ لم يبق لها مبرر بعد أن أمكن أن يضع كل شريك يده على حصة مفرزة مؤقتة حتى يبت في النزاع الموضوعي . ومثل ذلك أن توضع أعيان الوقف تحت الحراسة ، ثم يعين ناظر مؤقت لها ، فتنتهى الحراسة ويسلم الحارس الأعيان الموقوفة إلى الحارس المؤقت . ومثل ذلك أن توضع أموال المدين تحت الحراسة محافظة على حقوق الدائنين ، ثم يقدم المدين ضماناً يكفل هذه الحقوق ، فلا يعود هناك مبرر لبقاء الحراسة ، ومن ثم تنتهى ويسلم الحارس المال للمدين^(٢) . وفي هذه الأحوال وأمثالها ، لا تنتهى الحراسة

(١) قارن استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤١ - وتنتهى الحراسة بقوة القانون إذا نفذ حكم مرسى المزداد ، فلا يحتاج الراسى عليه المزداد إلى حكم برفع الحراسة لوضع يده على المغار المبيع في المزداد (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٦٩) . وإذا كانت الحراسة فرضت على عقار فزعت ملكيته لإلحاق ثماره به ، فاستيفاء الدائنين المقيدين لحقوقهم ينهى الحراسة بقوة القانون ، ولا تبقى ضماناً لحقوق الدائنين العاديين (استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦ ، ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٦٣) - وانظر بودوى وقال فقرة ١٣٠٥ - بلاثيوك وديبر وسالتييه ١١ فقرة ١١٩٥ ص ٥٣٩ - محمد على رشدي فقرة ٢٩٣ - محمد على عرفة ص ٥٥٤ . وإقامة ناظر مؤقت على الوقف يزيل الحاجة إلى الحراسة (مصر مستعجل ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المأماة ٢٠ رقم ١٨٢ ص ٤٨١) .

(٢) وقد قضى بأنه عند الفصل في دعوى إنهاء الحراسة لا تبحث من جديد أوجه النزاع التي بنيت عليها الحراسة ، ويبحث فقط ما إذا كانت أسباب الحراسة قد زالت ، واستمرار حالة الشروع التي فرضت من أجلها الحراسة يمنع المحكمة من الحكم بإنهائها ، والقضاء بإنهاء الحراسة لا يؤثر في الحقوق الموضوعية للخصوم (مصر الكنية ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ المأماة ١٦ رقم ٨٥ ص ١٩٤) . ويقضى برفع الحراسة متى زال السبب الذي أدى إلى فرضها ، حتى لو وجد سبب جديد آخر يستدعي إعادة فرضها إذ يجب رفع دعوى حراسة جديدة لهذا السبب الجديد (مصر مستعجل ١٦ -

تلقائياً إذا لم يتفق ذوو الشأن جميعاً على انتهائها ، ولا بد من حكم لإنهائها . فإذا كان الحارس معيناً من قاضي الأمور المستعجلة ، جاز لكل ذي مصلحة أن يرفع أمامه دعوى برفع الحراسة أو بإنهائها ، ويقتصر قاضي الأمور المستعجلة للبث في المسألة على فحص ظاهر المستندات ، دون أن يجاوز ذلك إلى فحص موضوعي يقتضي تحقيقاً أو خبرة أو توجيه يمين أو نحو ذلك^(١) . وإذا كان الحارس معيناً من محكمة الموضوع ، جاز رفع الدعوى بإنهاء الحراسة أمامها ، وجاز أيضاً رفع الدعوى أمام القضاء المستعجل إذا توافر شرط الاستعجال^(٢) ، وفي كل من الفرضين تقتصر المحكمة على فحص ظاهر المستندات على الوجه الذي سبق بيانه^(٣) .

= ديسمبر سنة ١٩٥٠ (المادة ٣١ من ١٠١٢) . وانظر استئناف مخطط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٣٩ - ١١ يناير سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ١٢٠ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٦٣ - مصر مستعجل ٢٤ مايو سنة ١٩٣٩ المادة ٢٠ رقم ٩٣ ص ٢٥٧ - محمد علي راتب فقرة ٣٦١ ص ٩٠٩ - محمد عبد الطيف فقرة ٣٤٩ - محمد علي عرفة ص ٥٥٤ .

(١) محمد علي راتب فقرة ٣٦١ ص ٩٠٦ هامش ٢ - ولا يختص القاضي المستعجل بالأمر بتقديم حساب (استئناف مخطط ٦ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٦٠) ، كما لا يختص بالحكم بالمصروفات التي أنفقها الحارس في إدارته ، ولكن له أن يعلق رفع الحراسة على إيداع المبلغ المطلوب للحارس في مقابل هذه النفقات (استئناف مخطط ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٠٢ - محمد علي رشدي فقرة ٢٩٣ مكررة) .

(٢) استئناف مخطط ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٥٧ - مصر مستعجل ١٨ يوليو سنة ١٩٣٨ المادة ١٩ رقم ١٠٨ ص ٤٠٩ - محمد علي رشدي فقرة ٢٩٢ - محمد عبد الطيف فقرة ٣٤٨ .

(٣) وقد ترفع دعوى إنهاء الحراسة من الغير إذا فرضت الحراسة خطأ على أعيان ملوكة له لا للمصوم ، أو فرضت على أعيانه بطريق التواطؤ بين المصوم ، وتقتصر المحكمة هنا أيضاً على فحص ظاهر المستندات (نقض مدني ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٥ ص ٣٨٣ - محمد علي راتب فقرة ٣٦١ ص ٩١٠ - ص ٩١٢) .

فهرس

المجلد الأول

المقدمة

- ٢ بيان
استشارك وتصويب في شأن عبارة جاءت في الجزء السادس من
الوسيط ٢

العقود

الواردة على العمل

عقد المقاولة

تمهيد

- التعريف بعقد المقاولة وخصائص هذا العقد ٥
تميز عقد المقاولة عن العقود الأخرى ٧
تميز للمقاولة من الإيجار ٧
تميز للمقاولة من عقد النقل ٨
تميز للمقاولة من الوكالة ١٤
تميز للمقاولة من البيع ٢٣
تميز للمقاولة من الوديعة ٢٨
تميز للمقاولة من الشراكة ٣٠

(21)

صفحة

| | |
|--|----|
| المبحث الثاني - الأجر في المقاولة | ٥٩ |
| الأجر كركن في عقد المقاولة | ٥٩ |
| جنس الأجر | ٦٠ |
| تقدير الأجر | ٦١ |

الفصل الثاني - الآثار التي تترتب على المقاولة

| | |
|---|----|
| الفرع الأول - التزامات المقاول | ٦٤ |
| المبحث الأول - إنجاز العمل | ٦٤ |
| المطلب الأول - الواجبات التي يتضمنها إنجاز العمل | ٦٥ |
| طريقة إنجاز العمل | ٦٥ |
| النتيجة اللازمة في إنجاز العمل | ٦٧ |
| التمييز بين فرضين فيما يتعلق بتقديم مادة العمل : | ٦٨ |
| الفرض الأول - المقاول هو الذي يقدم المادة | ٦٩ |
| الفرض الثاني - رب العمل هو الذي يقدم المادة | ٧٢ |
| مسئولية المقاول عن خطأه وعن خطأ تابعيه | ٧٥ |
| عدم التأخر في إنجاز العمل | ٧٦ |
| المطلب الثاني - جزاء الإخلال بالتزام إنجاز العمل | ٧٨ |
| تطبيق القواعد العامة | ٧٨ |
| قيام المقاول بالعمل على وجه صحيح أو منافذ للمنفذ | ٨١ |
| تأخر المقاول، تأخره لا يرجع لتأخره | ٨٥ |
| المبحث الثاني - تسليم العمل | ٨٨ |
| المطلب الأول - وجوب تسليم العمل | ٨٨ |
| المحل الذي يقع عليه التسليم | ٨٨ |
| كيف يكون التسليم | ٨٩ |
| متى يكون التسليم | ٨٩ |
| أين يكون التسليم | ٩٠ |

صفحة

| | |
|---|-----|
| المطلب الثاني - جزاء الاخلال بواجب التسليم (تحمل التبعة) | ٩١ |
| تطبيق القواعد العامة | ٩١ |
| تحمل تبعة دلائل الشيء قبل تسليمه | ٩٣ |
| الحلاك بخطأ المفاوض | ٩٦ |
| الحلاك بخطأ العمل | ٩٧ |
| المبحث الثاني - الضمان | ٩٨ |
| المطلب الأول - الضمان بوجه عام | ٩٨ |
| ضمان المتناول للمادة التي يقدمها - إحالة | ٩٨ |
| مسئولية المفاوض عن المادة التي يقدمها رب العمل - إحالة | ٩٨ |
| ضمان المتناول للعيوب في الصنعة | ٩٩ |
| المطلب الثاني - ضمان المهندس المعماري والمفاوض لعيوب البناء | ١٠٤ |
| § ١ طرفا الضمان | ١٠٧ |
| طرفا الضمان هما طرفاً عقد مقاوله محلها منشآت ثابتة | ١٠٧ |
| المدين بالضمان | ١٠٩ |
| الدائن بالضمان | ١١٠ |
| § ٢ - سبب الضمان | ١١٣ |
| سبب الضمان يرجع إلى البناء | ١١٣ |
| سبب الضمان يرجع إلى التصميم | ١١٧ |
| المدة التي يقوم فيها سبب الضمان | ١٢١ |
| § ٣ - جزاء الضمان | ١٢٥ |
| موضوع دعوى الضمان | ١٢٥ |
| تقديم دعوى الضمان | ١٢٧ |
| المسئولية نحو الغير | ١٣٠ |
| § ٤ - انقضاء الضمان | ١٣٢ |
| دعوى الضمان تقوم على المسئولية البلدية | ١٣٢ |
| كيف ينتهي الضمان | ١٣٤ |
| القوة القاهرة | ١٣٥ |
| خطأ رب العمل | ١٣٧ |
| الاتفاق على الإعفاء من الضمان أو المدة منه لا ينتهي به الضمان | ١٣٩ |
| جواز نزول رب العمل عن الضمان بعد تحقق سببه | ١٤٢ |

سنة

الفرع الثاني - التزامات رب العمل ... ١٤٣

المبحث الأول - تمكين المفاوض من إنجاز العمل ... ١٤٤

التزام رب العمل بأن يبذل ما في وسعه لتمكين المفاوض من

إنجاز العمل ... ١٤٤

جزاء الالتزام ... ١٤٥

المبحث الثاني - تسلم العمل ... ١٤٦

تسلم العمل وتقبله ... ١٤٧

شروط التسلم ... ١٤٩

ممن يكون التسلم وأين يكون ... ١٥٠

كيف يكون التسلم ... ١٥١

النتائج التي تترتب على التسلم ... ١٥٣

جزاء الالتزام بالتسلم ... ١٥٣

المبحث الثالث - دفع الأجر ... ١٥٥

المطلب الأول - ما الذي يجب أن يدفع ... ١٥٥

ضرورة وجود الأجر ... ١٥٥

عدم ضرورة تعيين مقدار الأجر ... ١٥٧

كيف يبين مقدار الأجر عند عدم الاتفاق على تعيينه ... ١٥٧

توابع الأجر ... ١٥٩

مقدار الأجر المتفق عليه لا يجوز تعديله ... ١٦٠

استثناءات ثلاثة يجوز فيها تعديل الأجر المتفق عليه : ... ١٦١

١ - الاتفاق على أجر بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة : ١٦٢

شروط ثلاثة ... ١٦٤

ما يترتب على توافر الشروط الثلاثة : ... ١٦٦

الفرض الأول - المبالغة غير جسيمة ... ١٦٦

الفرض الثاني - المبالغة جسيمة ... ١٦٧

٢ - الاتفاق على أجر إحصائي على أساس تصميم معين : ١٦٩

نص قانوني ... ١٦٩

نطاق تطبيق النص ... ١٧١

صفحة

| | |
|---|-----|
| القاعدة العامة | ١٧٤ |
| قرضات استثنائية : | ١٧٧ |
| القرض الأول - تمويل التصميم بسبب خطأ من رب العمل | |
| أو بناء على اتفاق معه | ١٧٧ |
| القرض الثاني - زيادة التكاليف زيادة فاحشة ينهاها معها التوازن | |
| الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول | ١٨١ |
| § ٣ - أجر المهندس المعماري | ١٨٦ |
| تكييف العقد مع المهندس المعماري | ١٨٧ |
| المفروض أن المهندس يعمل بأجر | ١٨٨ |
| كيف يقدر أجر المهندس | ١٨٩ |
| جوائز تنفيذ أجر المهندس | ١٩٢ |
| المطلب الثاني - طرفا الدفع وزمانه ومكانه وضمائنه | ١٩٤ |
| § ١ - طرفا الدفع : | ١٩٤ |
| المدين بالأجر | ١٩٤ |
| الدائن بالأجر | ١٩٦ |
| § ٢ - زمان الدفع ومكانه | ١٩٧ |
| زمان الدفع | ١٩٧ |
| مكان الدفع | ٢٠١ |
| § ٣ - ضمانات الدفع | ٢٠٢ |
| تطبيق القواعد العامة | ٢٠٢ |
| الحق في حبس السبل لاستيفاء الأجر | ٢٠٣ |
| حقوق الامتياز | ٢٠٦ |
| الفرع الثالث - المقاولة من الباطن | ٢٠٦ |
| التنازل من المقاولة | ٢٠٦ |
| المقاولة من الباطن - للشرط المانع | ٢٠٨ |
| قيام علاقات متنوعة في حالة المقاولة من الباطن | ٢١٢ |
| § ١ - علاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن | ٢١٢ |
| علاقة رب عمل بمقاول | ٢١٢ |

صفحة

| | |
|--|------------|
| التزامات المقاول الأصل نحو المقاول من الباطن | ٢١٣ |
| التزامات المقاول من الباطن نحو المقاول الأصل | ٢١٦ |
| § ٢ - علاقة المقاول الأصلي برب العمل | ٢٢٠ |
| مقدّم للمقولة الأصل هو الذى ينظم هذه العلاقة | ٢٢٠ |
| التزامات رب العمل نحو المقاول الأصل | ٢٢١ |
| التزامات المقاول الأصل نحو رب العمل | ٢٢١ |
| مبتولية المقاول الأصل من المقاول من الباطن نحو رب العمل | ٢٢٢ |
| § ٣ - علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن | ٢٢٣ |
| العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة غير مباشرة | ٢٢٣ |
| لا يطالب رب العمل للمقاول من الباطن مباشرة بالتزاماته | ٢٢٤ |
| لا يطالب المقاول من الباطن رب العمل مباشرة بالتزاماته | ٢٢٤ |
| جواز مطالبة المقاول من الباطن وماله ومال المقاول الأصل لرب العمل بالأجر مباشرة | ٢٢٥ |
| من يكون طرفاً فى المطالبة | ٢٢٧ |
| ما يترتب من النتائج على الدعوى المباشرة وحق الامتنياز | ٢٢٩ |

الفصل الثالث - انتهاء المقولة

| | |
|--|------------|
| الانتهاء المؤلف بتنفيذ المقولة | ٢٣٥ |
| الانتهاء قبل التنفيذ وفقاً للقواعد العامة | ٢٣٦ |
| سببان للانتهاء خاصان بالمقولة | ٢٤٠ |
| المبحث الأول - تحلل رب العمل من المقولة بإرادته المنفردة | ٢٤٠ |
| نص قانون | ٢٤٠ |
| النص تطبيقاً للقواعد العامة لوحظت فيه مساهمة طبيعة عقد المقولة | ٢٤٢ |
| ما يشترط لإمكان التحلل من المقولة بإرادة منفردة | ٢٤٥ |
| ما لا يشترط لإمكان التحلل من المقولة بإرادة منفردة | ٢٤٧ |
| كيف يقع التحلل من المقولة | ٢٤٩ |
| ما يترتب من النتائج على التحلل من المقولة | ٢٥٠ |
| المبحث الثانى - موت المقاول | ٢٥٣ |
| موت رب العمل وموت المقاول | ٢٥٦ |

صفحة

| | | |
|-----|--------|---|
| ٢٥٦ | | موت وب العمل .. |
| | | موتَ المَقاول ويلحق به أن يصبح عاجزاً عن إتمام العمل لسبب |
| ٢٥٧ | | لا يد له فيه .. |
| ٢٥٨ | | مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد .. |
| ٢٦٠ | | مؤهلات المقاول الشخصية ليست محل اعتبار في التعاقد .. |
| ٢٦١ | | ما يترتب على انتهاء المقابلة بموت المقاول .. |
| ٢٦٤ | | مقارنة بين أحوال ثلاث في التعطل من المقارنة .. |

الباب الثاني

بعض أنواع المقاولات

الفصل الأول - التزام المرافق العامة

| | | |
|-----|--------|---|
| ٢٦٦ | | التنيز بين عقد التزام المرفق العام والمقد بين الملتزم والممبل .. |
| ٢٦٩ | | المبحث الأول - المرفق العام وطرق إدارته - عقد التزام المرفق العام |
| ٢٦٩ | | § ١ - المرفق العام : |
| ٢٦٩ | | المرفق العام وخصائصه |
| ٢٧٠ | | أقسام المرافق العامة |
| ٢٧٢ | | النظام القانوني للمرافق العامة |
| ٢٧٣ | | § ٢ - طرق إدارة المرفق العام : |
| ٢٧٥ | | الطريقة الأولى - الإمارة المباشرة أو الريجي |
| ٢٧٦ | | الطريقة الثانية - الإدارة من طريق المؤسسات العامة |
| ٢٧٦ | | الطريقة الثالثة - الإدارة بطريق الريجي غير المباشر |
| ٢٧٧ | | الطريقة الرابعة - الإدارة بطريقة الاستغلال المنقطع |
| ٢٧٨ | | الطريقة الخامسة - الإدارة بطريقة الالتزام |
| ٢٧٩ | | § ٣ - عقد التزام المرفق العام : |
| ٢٨٠ | | عناصر عقد التزام المرفق العام |
| ٢٨٣ | | حقوق الملتزم |

صفحة

| | |
|---|--------------|
| واجبات الملتزم | ٢٨٧ |
| التكيف القانوني لمقد الالتزام | ٢٩٢ |
| ما يترتب من النتائج على أن عقد الالتزام هو عقد إداري | ٢٩٤ |
| المبحث الثاني - العقد بين ملتزم المرفق العام والعميل | ٢٩٧ |
| مركز العميل قبل التصاقه مع الملتزم - الحق في المرفق | ٢٩٧ |
| مركز العميل بعد التصاقه مع الملتزم - الانتفاع بالمرفق - رابطة تعاقدية مدنية | ٢٩٨ |
| § ١ - أسعار الخدمات التي يؤدها المرفق العام : | ٣٠٢ |
| مصدر القوة الإلزامية للأسعار هو السلطة الإدارية مانحة الالتزام | ٣٠٣ |
| الأسعار التي تقرها السلطة الإدارية لما قوة القانون ولا يجوز الاتفاق | ... |
| على ما يخالفها | ٣٠٦ |
| جواز إعادة السلطة الإدارية النظر في الأسعار المقررة | ٣٠٨ |
| § ٢ - استمرار المرفق العام وانتظامه ومسايرته للتطور : | ٣٠٩ |
| واجب الملتزم الجوهري | ٣٠٩ |
| مستولية الملتزم عن استمرار المرفق العام وانتظامه | ٣١١ |
| § ٣ - المساواة بين العملاء : | ٣١٥ |
| تقرير مبدأ المساواة | ٣١٦ |
| ما يرد على مبدأ المساواة من استثناء | ٣١٨ |
| § ٤ - أجزاء : | ٣١٩ |
| الجزء المدني | ٣١٩ |
| الجزء الإداري | ٣٢١ |
| من يكون العميل صفة في التقاضي | ٣٢٣ |

الفصل الثاني - أنواع أخرى من المقاولات

| | |
|--|--------------|
| المبحث الأول - عقد النشر | ٣٢٦ |
| صور غفظة | ٣٢٦ |
| § ١ - أركان عقد النشر : | ٣٢٩ |
| الركن الأول - إقراض | ٣٢٩ |
| الركن الثاني - العميل الأدبي أو الفني (المؤلف) | ٣٣٠ |
| الركن الثالث - الأجر | ٣٣٣ |

محتـ

٢ § - التزامات المؤلف : ٣٣٤

الالتزام الأول - تسليم العمل الأدبي أو الفني للناسخ ٣٣٤

الالتزام الثاني - الضمان ٣٣٦

٣ § - التزامات الناشر : ٣٣٨

الالتزام الأول - طبع المؤلف ونشره ٣٣٨

الالتزام الثاني - احترام حقوق المؤلف المالية ٣٤٠

الالتزام الثالث - احترام حقوق المؤلف الأدبية ٣٤١

٤ § - عقد العرض المسرحي : ٣٤٢

صور العقد المختلفة ٣٤٢

التزامات المؤلف المسرحي ٣٤٣

التزامات صاحب المسرح ٣٤٤

المبحث الثاني - عقد النظارة ٣٤٦

عقد النظارة عقد مقاول في الأصل ٣٤٦

كيف يتم التعاقد مع النظارة ٣٤٨

التزامات صاحب المسرح ٣٥٠

التزامات الممثل ٣٥٣

المبحث الثالث - العقد مع رجل الأعمال ٣٥٥

صور مختلفة لتعاقد مع رجل الأعمال ٣٥٥

من يكون التعاقد مع رجل الأعمال صحيحاً ٣٥٧

التزامات رجل الأعمال ٣٦١

التزامات الممثل ٣٦٣

المبحث الرابع - عقد الإعلان ٣٦٣

الصور المألوفة للإعلان ٣٦٣

التزامات ناشر الإعلان ٣٦٧

التزامات صاحب الإعلان ٣٦٨

عقد الوكالة

تمهيد

| | | |
|-----|--------|---------------------------------------|
| ٣٧١ | | التعريف بعقد الوكالة وخصائص هذا العقد |
| ٣٧٥ | | تمييز عقد الوكالة عن العقود الأخرى : |
| ٣٧٦ | | عقد الوكالة وعقد المقاولة |
| ٣٧٨ | | عقد الوكالة وعقد العمل |
| ٣٨١ | | عقد الوكالة وعقد الإيجار |
| ٣٨٢ | | عقد الوكالة وعقد البيع |
| ٣٨٥ | | عقد الوكالة وعقد الشركة |
| ٣٨٦ | | عقد الوكالة وعقد الوديعة |
| ٣٨٧ | | التنظيم التشريعي لعقد الوكالة |
| ٣٨٩ | | خطة البحث |

الفصل الأول - أركان الوكالة

| | | |
|-----|--------|---|
| ٢٩١ | | الفرع الأول - التراضي في الوكالة |
| ٢٩١ | | المبحث الأول - شروط الانعقاد |
| ٣٩١ | | توافق الإيجاب والقبول |
| ٣٩٤ | | الوكالة الضمنية |
| ٤٠٠ | | التركيب على بياض |
| ٤٠٢ | | شكل الوكالة |
| ٤٠٧ | | إثبات الوكالة |
| ٤١٠ | | مى يكون عقد الوكالة مدنياً ومى يكون تجارياً |
| ٤١٢ | | المبحث الثاني - شروط الصحة |
| ٤١٢ | | المطلب الأول - الأهلية في الوكالة |
| ٤١٢ | | أهلية الموكل |
| ٤١٤ | | أهلية الوكيل |
| ٤١٩ | | تماثل الوكيل مع نفسه |

صفحة

| | |
|---|------------|
| المطلب الثاني - عيوب الإرادة في الوكالة | ٤١٩ |
| تطبيق التواعد العامة - العاقل في شخص الوكيل أو الموكل | ٤١٩ |
| الإكراه الأدبي | ٤٢٠ |
| الفرع الثاني - التصرف القانوني محل الوكالة | ٤٢١ |
| المبحث الأول - الشروط الواجب توافرها في التصرف القانوني | |
| محل الوكالة | ٤٢١ |
| الشرط الأول - التصرف القانوني ممكن | ٤٢١ |
| الشرط الثاني - التصرف القانوني معين أو قابل للتعيين | ٤٢٣ |
| الشرط الثالث - التصرف القانوني مشروع | ٤٢٤ |
| ما يترتب على بطلان الوكالة التي لم تتوافر فيها الشروط | ٤٢٩ |
| المبحث الثاني - أنواع التصرفات القانونية التي يصح أن تكون محلات | |
| للكوكالة | ٤٣٠ |
| التصرفات القانونية التي تكون محلا للوكالة | ٤٣٠ |
| مدى سعة الوكالة | ٤٣١ |
| الوكالة العامة | ٤٣٢ |
| الوكالة الخاصة | ٤٣٨ |
| الوكالة تشمل ما تقتضيه من توابع ^١ ضرورية | ٤٤٦ |
| إثبات مدى سعة الوكالة | ٤٤٧ |

الفصل الثاني - الآثار التي تترتب على الوكالة

| | |
|--|------------|
| الفرع الأول - آثار الوكالة فيما بين المتعاقدين | ٤٤٩ |
| المبحث الأول - التزامات الوكيل | ٤٥٠ |
| المطلب الأول - تنفيذ الوكالة | ٤٥٠ |
| § ١ - تنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة | ٤٥١ |
| القاعدة - التزام حدود الوكالة المرسومة | ٤٥١ |
| الاستثناء - الخروج من حدود الوكالة المرسومة | ٤٥٤ |

§ ٢ - العناية الواجبة في تنفيذ الوكالة ٤٥٩

نظرية تدوج الخطأ والنظرية الحديثة ٤٦٠

مسئولية الوكيل عن النفس والخطأ الجسم ٤٦٢

مسئولية الوكيل عن الخطأ المادي ٤٦٤

عدم مسؤولية الوكيل عن السبب الأجنبي ٤٦٨

الإثبات ٤٧٠

التعويض ٤٧١

التمثيل الاتفاق لقواعد المسئولية ٤٧٣

§ ٣ - تعدد الوكلاء ونائب الوكيل ٤٧٥

تعدد الوكلاء ٤٧٥

اجتماع الوكلاء أو انفرادهم بالعمل ٤٧٦

تفاسد الوكلاء في المسئولية ٤٧٩

نائب الوكيل ٤٨٣

علاقة الموكل بنائب الوكيل ٤٨٥

مسئولية الوكيل عن نائبه ٤٨٩

المطلب الثاني - تقديم حساب عن الوكالة ٤٩٣

موافاة الموكل بالمعلومات الضرورية ٤٩٤

كيفية تقديم الحساب عن الوكالة بعد تنفيذها ٤٩٥

الأحوال التي يمن الوكيل فيها من تقديم الحساب ٤٩٧

المطلب الثالث - رد ما للموكل في يد الوكيل ٥٠١

رد ما للموكل من مال في يد الوكيل ٥٠١

دفع الفوائد في حالتين ٥٠٤

رد الأوراق والمستندات وسند التوكيل ٥١٠

الحالصة بإبراء ذمة الوكيل ٥١١

المبحث الثاني - التزامات الموكل ٥١٤

المطلب الأول - دفع الأجر ٥١٤

§ ١ - الأجر بوجه عام ٥١٥

لا يوجد اتفاق على الأجر ٥١٦

يوجد اتفاق على الأجر ٥١٧

مقدمة

٥٢١ مقدار الأجر - غرضه لتقدير القاضي وجواز تعمله

٥٣٠ زمان دفع الأجر ومكانه

٥٣١ ٢ - أتعاب المحامي

٥٣١ الأصل في المحامي أن يكون بأجر

٥٣٢ الاتفاق على مقدار الأتعاب - غرضه لتقدير القاضي وجواز تعمله ..

٥٣٨ عدم الاتفاق على مقدار الأتعاب - قيام مجلس الشقبة بالتقدير ...

٥٤٢ الضمانات التي تكفل أتعاب المحامي

٥٤٥ سقوط الأتعاب بالتقادم

المطلب الثاني - رد المصروفات

٥٤٩ التزامات الموكل بتقديم ما يقتضيه تنفيذ الوكالة من نفقات

٥٥٠ التزام الموكل برد ما أنفقته الوكيل من ماله الخاص في تنفيذ الوكالة

٥٥٤ التزام الموكل بدفع فوائد المصروفات من يوم الإنفاق

٥٥٦ سقوط الالتزام برد المصروفات بالتقادم

المطلب الثاني - التسويص عن الضرر

٥٥٩ الشرطان الواجب توافرها لتحقيق مسئولية الموكل

٥٥٩ الشرط الأول - تنفيذ الوكالة هو السبب في الضرر

٥٦٣ الشرط الثاني - لا خطأ في جانب الوكيل

٥٦٣ ما لا يشترط توافره

٥٦٤ مصدر التزام الموكل بالتسويص

المطلب الرابع - الضمانات التي تكفل التزامات الموكل

٥٦٧ الحبس

٥٦٩ تضامن الوكيلين المتعدين

الفرع الثاني - آثار الوكالة بالنسبة إلى الغير الذي تعاقد معه الوكيل ٥٧٣

المبحث الأول - الوكيل يعمل باسم الموكل

٥٧٦ علاقة كل من الوكيل والموكل بالغير

٥٧٦ تطبيق أحكام النيابة

٥٨٢ ١ - علاقة الوكيل بالغير :

يقوم التصرف الذي يبرمه الوكيل على إرادته هو لا على إرادة الموكل ٥٨٢

صفحة

ولكن لا يتصرف أثر التصرف الذي يبرمه الوكيل إلى شخصه ... ٥٨٣

مق يكون الوكيل مسئولاً قبل الغير ... ٥٨٥

§ ٢ - علاقة الموكل بالغير : ... ٥٨٨

انصراف أثر التصرف الذي يبرمه الوكيل إلى شخص الموكل ... ٥٨٨
خروج الوكيل من حدود الوكالة - تجاوزة هذه الحدود أو العمل دون

وكالة أو بعد انتهائها ... ٥٩٣

الوكالة الظاهرة - شروط قيامها ... ٦٠١

الأثر الذي يترتب على قيام الوكالة الظاهرة ... ٦١٣

الأساس القانوني الذي تقوم عليه الوكالة الظاهرة ... ٦١٤

مسئولية الموكل نحو الغير عن خطأ وكيله ... ٦١٧

المبحث الثاني - الوكيل يعمل باسمه الشخصي - المسخر أو الاسم

المستعار ... ٦٢١

مق يعمل الوكيل باسمه الشخصي ... ٦٢١

§ ١ - علاقة الوكيل المسخر بالغير : ... ٦٢٧

انصراف أثر التصرف من حقوق والتزامات إلى الوكيل المسخر ... ٦٢٧

انصراف الحقوق إلى الوكيل المسخر ... ٦٣٠

انصراف الالتزامات إلى الوكيل المسخر ... ٦٣١

علاقة الوكيل المسخر بأغيار آخرين ... ٦٣١

§ ٢ - علاقة الموكل بالغير : ... ٦٣٢

عدم انصراف أثر التصرف من حقوق والتزامات إلى الموكل ... ٦٣٢

عدم انصراف الحقوق إلى الموكل ... ٦٣٣

عدم انصراف الالتزامات إلى الموكل ... ٦٣٤

علاقة الموكل بأغيار آخرين ... ٦٣٥

§ ٣ - علاقة الوكيل المسخر بالموكل : ... ٦٣٦

تحديد هذه العلاقة - إثبات الوكالة المسترة ... ٦٣٦

علاقة الوكيل المسخر بالموكل هي علاقة وكيل بموكل ... ٦٣٧

نقل الحقوق والالتزامات من الوكيل المسخر إلى الموكل ... ٦٣٩

الفصل الثالث - انتهاء الوكالة

٦٤٥ ... أسباب انتهاء الوكالة

٦٤٥ ... الأحكام التي تترتب على انتهاء الوكالة بعد انتهائها

الفرع الأول - انتهاء الوكالة لأسباب ترجع إلى القواعد العامة

٦٥٠ ... ١ - انتهاء الوكالة انتهاء مألوفاً عن طريق تنفيذها

٦٥٠ ... إتمام العمل محل الوكالة

٦٥١ ... انقضاء الأجل

٦٥٢ ... ٢ - انتهاء الوكالة قبل التنفيذ

٦٥٢ ... استحالة التنفيذ

٦٥٢ ... الإفلاس ونقص الأهلية

٦٥٤ ... الفسخ وتحقق للشرط الفاسخ

الفرع الثاني - انتهاء الوكالة لأسباب خاصة بها

٦٥٥ ... ١ - أسباب ترجع إلى أن الوكالة تقسم على

٦٥٥ ... الاعتبار الشخصي

٦٥٥ ... موت الوكيل

٦٥٦ ... موت الموكل

٦٦٠ ... ٢ - أسباب ترجع إلى أن عقد الوكالة غير لازم

٦٦٠ ... عزل الوكيل من الوكالة

٦٦٨ ... تنسب الوكيل من الوكالة

عقد الوديعة

تمهيد

٦٧٥ ... التعريف بعقد الوديعة وعناصر هذا العقد

٦٨١ ... تمييز عقد الوديعة عن العقود الأخرى

٦٨٤ ... التنظيم التشريعي لعقد الوديعة

٦٨٥ ... خطة البحث

الفصل الأول - أركان العقد

| | | |
|-----|--------|--|
| ٦٨٦ | | الفرع الأول - التراضي في عقد الوديعة |
| ٦٨٦ | | المبحث الأول - شروط الانعقاد |
| ٦٨٦ | | توافق الإيجاب والقبول كاف في عقد الوديعة |
| ٦٨٨ | | إثبات الوديعة |
| ٦٩١ | | المبحث الثاني - شروط الصحة |
| ٦٩١ | | الأملية في عقد الوديعة |
| ٦٩٤ | | موجب الإرادة في عقد الوديعة |
| ٦٩٤ | | الفرع الثاني - المحل والسبب في عقد الوديعة |
| ٦٩٤ | | الشروط الواجب توافرها في الشيء المودع |
| ٦٩٥ | | الأشياء التي يجوز لئداؤها |
| ٦٩٦ | | السبب في عقد الوديعة |

الفصل الثاني - آثار الوديعة

| | | |
|-----|--------|--|
| ٦٩٧ | | الفرع الأول - التزامات المودع عنده |
| ٦٩٧ | | المبحث الأول - تسليم الشيء المودع |
| ٦٩٨ | | التسليم التزام لا ركن |
| ٦٩٩ | | كيف يكون التسليم - التسليم الحقيقي والتسليم الحكي |
| ٧٠٠ | | جزاء الإخلال بالتزام التسليم |
| ٧٠١ | | تبعة هلاك الشيء المودع |
| ٧٠١ | | المبحث الثاني - حفظ الشيء المودع |
| | | حفظ الشيء المودع هو التفرص الأساسي من عقد الوديعة وهو الالتزام |
| ٧٠١ | | الموهرى فيها |
| ٧٠١ | | التزام المودع عنده بحفظ الشيء هو التزام ببطل مناية |
| ٧٠٢ | | المسح في الوديعة بين الميادين الشخصي والمادي |
| ٧٠٩ | | عدم مسئولية المودع عنده عن السبب الأجنبي |
| ٧١٠ | | الاتفاق على تعديل قواعد المسئولية |
| ٧١١ | | عدم جواز استهلاك المودع عنده الوديعة |
| ٧١٤ | | عدم جواز أن يحمل المودع عنده غيره هملة في حفظ الوديعة |

صفحة

٧١٧ المبحث الثالث - رد الشيء المودع

٧١٩ § ١ - ما الذي يجب رده :

٧١٩ الرد عيناً

٧٢١ الرد بمقابل

٧٢٥ رد الثمار

٧٢٧ § ٢ - لمن يكون الرد ومتى وأين يكون :

٧٢٧ لمن يكون الرد

٧٣٢ متى يكون الرد

٧٣٤ أين يكون الرد ومصروفاته

٧٣٥ § ٣ - جزاء الإخلال بالتزام الرد :

٧٣٥ دعوى الاسترداد

٧٣٧ دعوى التعويض

٧٣٨ الدعوى الختامية

٧٣٩ الفرع الثاني - التزامات المودع

٧٣٩ المبحث الأول - دفع الأجر

٧٤١ لا يوجد اتفاق على الأجر

٧٤١ يوجد اتفاق على الأجر

٧٤٣ المبحث الثاني - رد المصروفات

٧٤٤ أنواع المصروفات التي يجب ردها

٧٤٦ المبحث الثالث - التعويض عن الضرر

٧٤٧ تعويض ما يصيب المودع عنه من الضرر بسبب الوديعة

الفصل الثالث - انتهاء الوديعة

٧٥٠ انقضاء الأجل

٧٥٠ رجوع أحد المتعاقدين عن الوديعة قبل انقضاء الأجل

٧٥١ موت المودع عنه

صفحة

الفصل الرابع - بعض أنواع الوديعة

الفرع الأول - الوديعة الناقصة ٧٥٣

٧٥٤ صور عملية الوديعة الناقصة

علم جدوى التمييز بين الوديعة الناقصة والقرض ووجوب اعتبار

٧٥٥ هذه الوديعة قرضاً

الفرع الثاني - الوديعة الاضطرارية ٧٥٨

٧٥٨ ماهي الوديعة الاضطرارية

٧٦١ الأحكام الخاصة بالوديعة الاضطرارية

الفرع الثالث - الوديعة في القنادق والخانات ٧٦٣

٧٦٦ نطاق الوديعة في القنادق والخانات

٧٧٠ الإثبات

٧٧٠ المسئولية

٧٧٦ الاتفاق على تعديل قواعد المسئولية

الحراسة

تمهيد

٧٨١ التعريف بالحراسة - أركانها

٧٨٢ أحكام الحراسة هي أحكام الوديعة والوكالة

٨٨٣ الأهمية العملية للحراسة وتنظيمها التشريعي

٧٨٤ خطة البحث

الفصل الأول - قيام الحراسة

٧٨٥ الحراسة الاتفاقية والحراسة القضائية

الفرع الأول - قيام الحراسة الاتفاقية ٧٨٥

٧٨٦ الحراسة الاتفاقية هي عقد ودية تتميز بمصائص معينة

الاتفاق على الحراسة يفنى عن توافر شرط الخطر العاجل الواجب

٧٨٧ توافره في الحراسة القضائية

الصفحة

٧٨٨ ... للاتفاق على الحراسة صورتان

٧٨٩ ... طرقا الحراسة الاتفاقية

الفرع الثاني - قيام الحراسة القضائية

٧٩١ ... الشرط في الحراسة القضائية أن يكون هناك استعجال أي خطر عاجل

٧٩٥ ... طبيعة الحراسة القضائية

٧٩٨ ... المال الذي يجوز وضعه تحت الحراسة القضائية

المبحث الأول - الفروض التي تجوز فيها الحراسة القضائية

٨٠٣ ... الفروض المنصوص عليها في القانون ليست مذكورة على سبيل الحصر

المطلب الأول - أحوال الحراسة القضائية على الأموال غير

الموقوفة

١ - حالات وردت فيها نصوص قانونية :

٨١٠ ... عرض المدين على الوفاء على الدائن ووضعه تحت الحراسة

٨١٢ ... نزاع الشيء الذي ترتب عليه حق انتفاع من المنتفع ووضعه تحت الحراسة

٨١٣ ... تخلية العقار المرهون وتعيين حارس تتخذ في مواجهته إجراءات نزاع الملكية

٨١٤ ... وضع الدائن المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحة تحت الحراسة

٨١٥ ... تعيين حارس على المنقولات المهجوز عليها

٨١٦ ... وضع العقار المهجوز عليه تحت الحراسة

٢ - قيام نزاع في شأن المال أو عدم ثبوت الحق فيه :

٨٢٠ ... الشروط الواجب توافرها في هذا الفرض

٨٢٥ ... النزاع متعلق بالملكية أو بالحيازة

٨٢٦ ... النزاع متصل بمقتد البيع

٨٢٩ ... النزاع متصل بمقتد الإيجار

٨٣٢ ... النزاع متصل بالمال الشائع

٨٣٩ ... النزاع متعلق بالتركات

٨٤٦ ... النزاع متعلق بالتركات أو الحصيات أو المؤسسات أو التفتيات

٣ - تجمع أسباب معقولة للخشية من خطر عاجل من بقاء

المال تحت يد حائزه

٨٥٢ ... قيام الخطر العاجل كاذب وحده لفرض الحراسة

٨٥٥ ... بعض التطبيقات العملية :

الصفحة

| | |
|-----|--|
| ٨٥٥ | مال طالب الحراسة في يد الغير |
| ٨٥٧ | طالب الحراسة حق في مال الغير |
| ٨٥٨ | طالب الحراسة دائن يريد ضياع وفاء الدين |
| ٨٦٣ | طالب الحراسة حق بمحتمل يريد حمايته |

المطلب الثاني - أحوال الحراسة القضائية على الأموال الموقوفة ٨٦٥

أحوال الحراسة على الأموال الموقوفة تطبيق القواعد العامة وليست المذكورة

| | |
|-----|----------------|
| ٨٦٦ | على سبيل الحصر |
|-----|----------------|

§ - وضع الحراسة بسبب نظارة الوقف : ٨٧١

| | |
|-----|--|
| ٨٧١ | الحالات التي ترجع إلى هذا السبب |
| | إثبات أن الحراسة إجراء لا بد منه للحفاظ على ما قد يكون للردى |
| ٨٧٣ | الشأن من الحقوق |
| ٨٧٤ | ماذا صار إليه وضع الحراسة بسبب نظارة الوقف بعد إلغاء الوقف الأهل |

§ ٢ - وضع الحراسة بسبب مديونية الوقف : ٨٧٨

| | |
|-----|--|
| ٨٧٨ | مى توضع الحراسة بسبب مديونية الوقف |
| ٨٧٩ | يشترط أن تكون الحراسة هي الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين |
| ٨٧٩ | ماذا صار إليه وضع الحراسة بسبب مديونية الوقف بعد إلغاء الوقف الأهل |

§ ٣ - وضع الحراسة بسبب مديونية المستحق : ٨٨١

| | |
|-----|--|
| ٨٨١ | مى توضع الحراسة بسبب مديونية المستحق |
| ٨٨٣ | يشترط أن تكون الحراسة هي الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين |
| ٨٨٤ | ماذا صار إليه وضع الحراسة بسبب مديونية المستحق بعد إلغاء الوقف الأهل |

المبحث الثاني - دعوى الحراسة القضائية وتعيين الخارس القضائي ٨٨٦

§ ١ - الاختصاص في دعوى الحراسة القضائية : ٨٨٦

| | |
|-----|--|
| ٨٨٦ | الولاية في دعوى الحراسة القضائية |
| ٨٨٨ | عدم قيام الوظيفة الولائية في دعوى الحراسة |
| ٨٩٠ | الاختصاص النوى - القضاء للمستعمل وبمحكمة الموضوع |
| ٨٩٤ | الاختصاص المحلى |

§ ٢ - الإجراءات والحكم في دعوى الحراسة : ٨٩٦

| | |
|-----|----------------------|
| ٨٩٦ | إجراءات دعوى الحراسة |
| ٨٩٧ | حكم الحراسة |

| | |
|------|--|
| صفحة | |
| ٩٠١ | حجية حكم الحراسة |
| ٩٠٣ | تنفيذ حكم الحراسة |
| ٩٠٥ | ٣ § - تعيين الحارس القضائي : |
| ٩٠٦ | من يعين الحارس للقضائي |
| ٩١٠ | التكليف القانوني لصفة الحارس القضائي |
| | ما يترتب على أن الحارس القضائي نال عن صاحب الحق في المال الموضوع |
| ٩١٢ | تحت الحراسة |
| ٩١٤ | تنهى الحارس القضائي عن الحراسة |
| ٩١٥ | طلب عزل الحارس القضائي واستبدال آخر به |

الفصل الثاني - آثار الحراسة

| | |
|-----|---|
| ٩١٨ | بيان التزامات الحارس وحقوقه |
| ٩٢١ | الفرع الأول - التزامات الحارس |
| ٩٢١ | المبحث الأول - تسلم المال والمحافظة عليه |
| ٩٢٢ | التزام الحارس بتسليم المال |
| ٩٢٢ | التزام الحارس بالمحافظة على المال |
| ٩٢٥ | عدم جواز إحلال ذوى الشأن في المحافظة على المال |
| ٩٢٦ | الحارس وحده هو ذو الصفة في جميع أعمال الحفظ |
| ٩٢٧ | المبحث الثاني - إدارة المال |
| ٩٢٩ | سلطة الحارس في الإدارة |
| ٩٣٤ | سلطة الحارس في التصرف |
| ٩٣٦ | عدم جواز إحلال أحد ذوى الشأن في إدارة المال |
| | الحارس وحده هو ذو الصفة في جميع أعمال الإدارة والتصرف التي تدخل |
| ٩٣٧ | في سلطته |
| ٩٤٠ | المبحث الثالث - تقديم الحساب |
| ٩٤١ | التزام الحارس بتقديم الحساب كالتزام الوكيل |
| ٩٤٢ | ما يتنصص به الحارس في تقديم الحساب |
| ٩٤٤ | المبحث الرابع - رد المال |
| ٩٤٥ | تطبيق أحكام التزام المودع عنده برد الشيء المودع |
| ٩٤٦ | مى يكون الرد ولمن يكون |

صفحة

٩٤٧ الفرع الثاني - حقوق الحارس

٩٤٧ المبحث الأول - تقاضى الأجر

٩٤٨ الأصل فى الحارس أن يكون بأجر

٩٤٨ كيف يقدر الأجر

٩٥٠ من يلزم بأجر الحارس

٩٥١ المبحث الثاني - استرداد المصروفات والتعويض

٩٥١ حق الحارس فى استرداد المصروفات والتعويض

٩٥٢ كيف يسترد الحارس المصروفات ويتقاضى التعويض

٩٥٣ المبحث الثالث - ضمانات حقوق الحارس

٩٥٣ حق الحبس وحق الامتياز

٩٥٤ تضامن طرفى الخصومة

الفصل الثالث - انتهاء الحراسة

٩٥٦ انتهاء مأمورية الحارس دون انتهاء الحراسة

٩٥٦ انتهاء الحراسة الاتفاقية

٩٥٧ انتهاء الحراسة القضائية

